

Los derechos humanos a debate

Perspectivas desde el derecho internacional

Gilberto Ramírez Huertas

PENAL 15

JUS-Penal es la colección que presenta los resultados de investigación, reflexión y análisis sobre las instituciones, doctrinas y prácticas relacionadas con la creación, interpretación y aplicación del derecho penal. Buscando esquemas más allá de los diseñados para interpretar la ley y teniendo como horizonte una mejor comprensión y desarrollo de la justicia penal colombiana e internacional, esta colección aporta elementos para el debate y la formación de un pensamiento crítico, tanto en la comunidad académica como en los profesionales que participan en el campo jurídico-penal.

**Otros títulos de la Colección
JUS-Penal:**

- Fundamentos semióticos para la investigación jurídica
- La política antidrogas. Nuevos horizontes de cambio en el control de la oferta y la demanda
- Reglas de producción de las pruebas y regla de exclusión en sede de casación penal
- El entramado penal, las políticas públicas y la seguridad
- La investigación penal en las sociedades posindustriales
- El futuro de la criminología crítica
- Producción probatoria de la verdad. Ley 906 de 2004

Gilberto Ramírez Huertas

Abogado y especialista en Derecho probatorio de la Universidad Católica de Colombia. Magíster en Derecho de la Universidad Sergio Arboleda. Miembro del grupo de investigación Conflicto y Criminalidad de la Facultad de Derecho y Director de Posgrados de dicha facultad en la Universidad Católica de Colombia.

Gilberto Ramírez Huertas

Los derechos humanos a debate

Perspectivas desde el derecho internacional



UNIVERSIDAD CATÓLICA
de Colombia
Vigilada Mineducación

Ramírez Huertas, Gilberto

Los derechos humanos a debate. Perspectivas desde el derecho internacional / Gilberto Ramírez Huerta. —Bogotá : Universidad Católica de Colombia, 2017

158 páginas; 17 x 24 cm.— (colección Jus penal ; no. 15)

ISBN: 978-958-8934-68-6 (impreso)

ISBN: 978-958-8934-69-3 (digital)

I. Título II. Serie III.

1.Derechos Humanos-Colombia 2. Derecho internacional

Dewey 322. ed. 21

Proceso de arbitraje

1er concepto

Evaluación: 19 de septiembre de 2016

2do concepto

Evaluación: 6 de marzo de 2017

© Universidad Católica de Colombia

© Gilberto Ramírez Huertas

Primera edición, Bogotá, D. C.

Marzo de 2017

Dirección Editorial

Stella Valbuena García

Coordinación Editorial

María Paula Godoy Casasbuenas

Corrección de estilo

Gabriela de la Parra M.

Diseño de colección

Juanita Isaza

Diagramación

Mauricio Salamanca

Publicación digital

Hipertexto Ltda.

www.hipertexto.com.co

Bogotá, D. C., Colombia

Impresión

Xpress Estudio Gráfico y Digital S.A.

Bogotá, D. C., Colombia

Facultad de Derecho

Carrera 13 N° 47-49

Bogotá, D. C.

derecho@ucatolica.edu.co

Editorial

Universidad Católica de Colombia

Av. Caracas 46-72 piso 5

Bogotá, D. C.

editorial@ucatolica.edu.co

www.ucatolica.edu.co

Todos los derechos reservados. Esta publicación no puede ser reproducida ni total ni parcialmente o transmitida por un sistema de recuperación de información, en ninguna forma ni por ningún medio, sin el permiso previo del editor.

Hecho el depósito legal

© Derechos reservados

CONTENIDO

Prólogo	7
Introducción	9
Capítulo 1. Funciones, admisibilidad y competencia de los órganos de protección de derechos humanos en el Sistema Interamericano	15
Capítulo 2. El principio de complementariedad en el Estatuto de Roma: análisis del derecho colombiano frente al reclutamiento de menores como crimen de guerra	31
Capítulo 3. Reflexiones en torno al “velo de la ignorancia” de John Rawls en el caso de la Asamblea Nacional Constituyente	37
La “posición original” desde el contexto de los actores del conflicto armado en Colombia	40
El velo de la ignorancia en el proceso constituyente	42
Capítulo 4. El derecho internacional a partir del concepto de seguridad colectiva: la orden de detención y entrega europea	45
La seguridad colectiva	46
Avances en materia de derecho internacional	48
La seguridad colectiva y la orden europea de detención y entrega	51
Capítulo 5. Teoría y práctica de la acción afirmativa: el caso de la población afrodescendiente en Colombia	55
Justificación teórica de la acción afirmativa	56
Los programas especiales de admisión universitaria	57
Impacto de la acción afirmativa	61

Capítulo 6. Protección de los derechos de soberanía: tribunales competentes en el litigio del caso Costa Rica-Nicaragua	67
Contexto del litigio entre Costa Rica y Nicaragua	68
La disputa ante tribunales internacionales	69
Procedimiento ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos:	
inadmisibile para la confrontación entre el Estado de Nicaragua y Costa Rica	71
Procedimiento ante el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas	72
Capítulo 7. Derecho a la educación, obligaciones del Estado y construcción de ciudadanía	73
Naturaleza y alcance normativo del derecho a la educación	74
Política pública del Estado colombiano y realización del derecho a la educación	75
Disponibilidad de una instrucción básica para todos	80
Acceso a la educación	82
Adaptabilidad del servicio educativo	82
Aceptabilidad (calidad)	83
Educación para la inclusión y la construcción de ciudadanía	83
Capítulo 8. Análisis del concepto de conflicto armado en la sentencia de primera instancia del caso Fiscal vs. Thomas Lubanga Dyilo en la Corte Penal Internacional	87
Hechos del caso	88
Existencia de un conflicto armado en Ituri	90
La naturaleza no internacional del conflicto armado	91
La comisión del crimen de reclutamiento forzado de niños y niñas	92
Conclusiones generales de la Sala respecto del conflicto armado	
y la responsabilidad de Lubanga	93
El nexo de causalidad con la responsabilidad de Lubanga Dyilo	94
Conflicto armado	95
Capítulo 9. La libertad de expresión y su fundamento en el bloque de constitucionalidad	99
Libertad de expresión	100
Marco normativo	101
Capítulo 10. Los derechos humanos de las víctimas: una perspectiva desde las responsabilidades del Estado y de la sociedad civil	105
Superioridad ética y moral del Estado de derecho	106
La obligación del Estado de prevenir, razonablemente,	
las violaciones a los derechos humanos	107
La obligación del Estado de investigar con seriedad	107
La obligación del Estado de imponer las sanciones adecuadas	
a los responsables de las violaciones	108
La obligación del Estado de garantizar la reparación a las víctimas	108

Función de la sociedad civil en procesos de verdad, justicia y reparación	108
El clamor de las víctimas del conflicto armado interno colombiano	109
Justicia transicional: un mecanismo justo para complementar los procesos ordinarios	111
Capítulo 11. Protección de los derechos humanos en el marco de acciones contra el terrorismo.....	113
Algunas perspectivas de la guerra justa	114
La doctrina de la guerra justa	115
Convenios y tratados internacionales	116
La guerra contra el terror en la administración de George W. Bush	117
Medidas de lucha contra el terrorismo y respeto de las garantías del Pacto internacional de derechos civiles y políticos	117
La guerra contra el terrorismo y su impacto para los Estados Unidos	118
Capítulo 12. Análisis de la sentencia del caso Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos: entre la equidad y el <i>onus probandi</i>, un posible caso de aligeramiento probatorio <i>¿res ipsa loquitur?</i>	121
El caso. Análisis y consideraciones de la Comisión y de la Corte a los supuestos fácticos.....	122
Pronunciamiento del Estado.....	123
Los hechos y las omisiones controvertidas durante el juicio	124
Análisis probatorio: temas probatorios relevantes de la sentencia.....	125
Incumbencia o carga probatoria.....	126
La probabilidad prevalente de la ocurrencia del hecho, la inversión de la carga de probar y la excusa de la prueba	127
Teoría o doctrina del estoppel: el valor de la posición propia	130
Las pruebas en la reparación integral.....	132
Capítulo 13. Una mirada a los derechos humanos desde la perspectiva de género	137
Desigualdades históricas	137
Orígenes del feminismo.....	138
Olas del feminismo.....	139
Primera ola	139
Segunda ola.....	140
Tercera ola.....	140
Derechos de las mujeres y Estado	141
Referencias	147

PRÓLOGO

Los derechos humanos siempre han estado presentes en la historia humana, bien sea por su negación, su lucha, su reivindicación y, por qué no decirlo, su “acata-miento” en sendos volúmenes, compilaciones o tratados que muchas veces distan de su concreción en la realidad social.

La historia de los derechos humanos es un desafío apasionante para la historia jurídica, la filosofía, la antropología, la ciencia política y la economía, lo cual no se limita necesariamente a las ciencias sociales y humanas ni a hechos que dejaran huella en el pasado, sino a la puesta en escena de un presente con la capacidad para mantenerse vigente.

Si bien reconstruir sobre el pasado implica nadar en un mundo de incertidumbres porque no fuimos testigos presenciales de esos hechos o circunstancias, la memoria colectiva, las historias, los relatos, los mitos, los ritos, los criptogramas y la escritura dan cuenta de esas representaciones y prácticas socioculturales, lo cual nos muestra cómo se percibían dichas realidades o de cómo el mundo de las ideas se hacía posible.

La reconstrucción del hecho material muchas veces dista de la realidad, pues no tenemos todos los elementos para construir dialógicamente dichos sucesos; por ello, el “arte” de traer a la memoria implica la capacidad de recrear, conectar, ser una metáfora o tener una excusa para edificar conocimiento sobre los vestigios de pensadores que contemplaban el mundo, lo describían y lo interpretaban. Esto dio origen a diversas escuelas propias de cada época que hoy en día no solo posibilitan meros procesos heurísticos, sino construcciones hermenéuticas.

La mayéutica es aquella herencia de los griegos que nos permite preguntarnos sobre la afirmación de los derechos, de la dignidad, de la justicia. Más allá de estudiarlos, es preciso ponerlos en escena desde una perspectiva interdisciplinaria y comprender, dentro del disenso, las diversas aproximaciones a la fundamentación de los derechos humanos. Existen variadas perspectivas desde donde interpretamos el mundo, no siempre desde la objetividad, la ética o la eficacia que debería envolver al derecho como esencia del ser humano, como disciplina y ciencia, porque nos dejamos llevar de la subjetividad, de los egos, de las pasiones, de los intereses, de la tiranía y de la misma miseria humana que nos envuelve y enseguece.

Dichas realidades socioculturales llevan que conceptos como “humanidad”, “dignidad humana” y “derechos humanos” se construyan desde un mundo práctico y se retroalimenten desde el mundo jurídico. Esto trae consigo el debate de si se efectivizan los derechos humanos en el mundo contemporáneo, anclado a la norma constitucional integrada de cada país, máxime cuando los diferentes Estados-Nación avanzan hacia el modelo de Estado social de derecho, el cual privilegia principios y derechos con las “virtudes” de la justicia, la puesta en escena de las libertades y deberes, de la democracia y, sobre todo, de la soberanía de sus ciudadanos.

La protección jurídica de los derechos humanos no solo implica un “pacto de voluntades”, es decir, someter nuestra voluntad individual a una general, para ser retribuidos con una “especial protección”, en términos de Rousseau (1762/2004); también requiere definir acciones concretas que conlleven a la proactividad del Estado y de su andamiaje.

Gilberto Ramírez hace en el presente texto una construcción juiciosa, rigurosa y reflexiva en la que, más allá de adentrarse en conceptos, significados y significancias, muestra problemas no resueltos de la justicia de la naturaleza humana, de lo que encierran y traducen en sí los derechos humanos a debate y que trascienden la “compasión y la humanidad”, el respeto a los derechos de todo ser viviente —entre ellos, los animales no humanos— y el derecho a respirar, a la tranquilidad, al equilibrio, a la justicia, a la dignidad y a la paz.

Alfonso Cajiao Cabrera
Defensor del Pueblo
Bogotá, agosto de 2016

INTRODUCCIÓN

Hablar de derechos humanos implica hacer referencia a la dignidad humana. Este concepto es, según Jürgen Habermas (2010), la fuente moral de los derechos fundamentales, razón por la cual no es extraño que la jurisprudencia lo tenga como supuesto epistémico para orientar las decisiones judiciales en casos como el derecho al trabajo, a la salud y a la educación, entre otros que sostienen la concepción de lo humano.

La dignidad se ha convertido en un punto al que se han volcado las movilizaciones sociales por la conquista de los derechos. Solo en el caso colombiano, por mencionar un ejemplo, dichas movilizaciones en las últimas décadas han estado centradas en múltiples demandas, variadas identidades sociales de reconocimiento social.

Movimientos y organizaciones sociales han logrado conquistas en materia de defensa de los derechos sindicales, sexuales, reproductivos y de igualdad, como uniones maritales del mismo sexo y reconocimiento y protección de población históricamente estigmatizada como la comunidad LGBTI, entre tantas luchas que se han gestado desde la ciudadanía en virtud de proteger la dignidad humana.

Desde las instituciones jurídicas no han hecho oídos sordos a ese clamor. En Colombia, como lo señalan Uprimny y García (2005), la Corte Constitucional es ejemplo de progresismo jurídico en la región por la protección de derechos humanos de poblaciones que han recibido un trato desigual, aunque por el contexto

histórico y político, la violación sistemática a sus derechos sea parte de la vida cotidiana del país.

Lo que queda claro es que el derecho se ha consolidado como una herramienta y como un campo desde donde surge el cambio social a partir de la protección y el aseguramiento de la dignidad de todas las personas.

El derecho es un área de conocimiento a disposición de la sociedad, que ha permitido consolidar y dar cuerpo a realidades históricas por medio de una “lógica del pensamiento jurídico [que] consiste en procurar, de acuerdo a la realidad, la búsqueda de una verdad útil para el ser humano” (Mendoza, 2005, p. 125).

Como producto de la historia, el derecho ha permitido la producción de marcos comunes de sentido que atañen a la comunidad internacional. En esa línea, los derechos, como expresión de la protección de la dignidad humana, son valores que no se circunscriben al ámbito específico de una norma determinada de un territorio, sino que tienen alcance global para toda condición humana.

De acuerdo con el preámbulo de la Declaración universal de los derechos humanos, la dignidad humana es su eje. Afirma que “la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana”. Como lo señala McCrudden (2008), no es sorprendente que convenciones como la de los derechos de los niños, de los trabajadores migrantes y de la protección contra la desaparición forzada incluyan la noción de dignidad como su esencia para sustentar los derechos humanos.

En este mismo sentido, la Convención americana sobre los derechos humanos (1969) sostiene en su Artículo 11: “Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad”.

El derecho adopta un sentido kantiano de dignidad. Este fue el gran aporte de este autor a los derechos humanos y permite el desarrollo de un concepto de dignidad de naturaleza moral sobre el cual se fundamentan principios jurídicos y políticos (Aguirre, 2011).

Kant (1785/2007) plantea que los seres humanos tienen un valor intrínseco que puede ser considerado como dignidad, dado que son agentes racionales y, en tal virtud, son agentes libres en quienes se deposita la capacidad de tomar sus decisiones con autonomía y orientarse mediante la razón.

La razón refiere, pues, toda máxima de la voluntad como universalmente legisladora a cualquier otra voluntad y también a cualquier acción para consigo misma, y esto no por virtud de ningún otro motivo práctico o en vista de algún provecho futuro, sino por la idea de la dignidad de un ser racional que no obedece a ninguna otra ley que aquella que él se da a sí mismo (p. 47).

En otros términos, lo que sostiene es la existencia y aplicación de un valor moral basado en la concepción racional del ser humano.

Por otra parte, Habermas (2010) sugiere su visión de la dignidad humana desde una perspectiva de derechos a partir de la carga histórica de posguerra, en la que es necesario cuestionar si el contenido de los derechos responde a la indignación o si es una propuesta normativa.

Habermas formula un problema central respecto a la concepción de la dignidad humana y los derechos humanos: ¿son los derechos una expresión de la indignación de hechos repugnantes y el derecho avanza en función de esto? ¿Son los derechos una forma normativa de sostener la idea esencial de lo humano? Como lo expone, el asunto que se debe analizar es si la dignidad humana es la expresión de un concepto fundamental lleno de contenido regulador, de modo que mediante la especificación de supuestos de lesión se puedan deducir los derechos fundamentales o si esta solo es la expresión vacía de un catálogo de derechos humanos aislados e inconexos.

A partir de la teoría jurídica, Habermas demuestra que la dignidad humana no es un término clasificatorio que se adoptó en 1948 como producto de los hechos derivados de la época, sino que es la fuente de lo moral, en un sentido kantiano.

Ahora bien, sucesos como la Primera y en especial la Segunda Guerra Mundial condujeron a que los derechos fueran pensados como la manera de limitar el ejercicio de poder de los Estados y garantizar los derechos individuales y colectivos que se enmarcan en los derechos humanos y, por tal razón, de defender la dignidad humana. Como resultado, el contexto de posguerra generó el instrumento jurídico por excelencia en esta materia: la Declaración universal de los derechos humanos, promulgada en 1948.

Lo que permite entrever el desarrollo del plano jurídico internacional es un grupo de valores que, en tanto se trata de seres humanos, tiene alcance universal y debe ser protegido, ya que constituye el principio de una vida en comunidad que impide desgarradores episodios que han hecho considerar los horrores a los

que la humanidad puede llegar ante la ausencia de principios y normas comunes, como ha sucedido ante grupos discriminados en diferentes momentos de la historia. Así lo plantea Arendt (1974):

El antisemitismo (no simplemente el odio a los judíos), el imperialismo (no simplemente la conquista) y el totalitarismo (no simplemente la dictadura), uno tras otro, uno más brutalmente que otro, han demostrado que la dignidad humana precisa de una nueva salvaguardia que sólo puede ser hallada en un nuevo principio político, en una nueva ley en la Tierra, cuya validez debe alcanzar esta vez a toda la Humanidad y cuyo poder deberá estar estrictamente limitado, enraizado y controlado por entidades territoriales nuevamente definidas (p. 5).

La guerra demostró los peligros y excesos que atentaron contra las personas y su dignidad. Aún se guardan en la memoria colectiva los horrores cometidos, además de la arbitrariedad de Gobiernos de corte autoritario que han proliferado por el mundo entero y han vulnerado los derechos individuales en nombre de proyectos políticos que no representan un enfoque ético compartido.

Por estas y otras tantas razones, es relevante comprender la importancia de los instrumentos internacionales para defender los derechos desde una lógica global que asegure la protección de la dignidad. Más allá de barreras nacionales o ideológicas, el derecho internacional busca generalizar unas máximas éticas que apuntan construir una idea de sociedad en la que, en el sentido que Rousseau (1762/2004) lo plantea, surja un contrato social.

Los derechos humanos, vistos desde el derecho internacional, son normas jurídicas de orden superior que operan como principios fundamentales y exigen cumplimiento obligatorio por los Estados (Lefranc y Campos, s. f.).

El techo que los cubre, conocido como la Declaración universal de los derechos humanos, afirma en su Artículo 1: “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”. El principio de igualdad con el que comienza la Declaración supone una visión que posibilita la inclusión y así garantiza el Derecho como herramienta de acceso a la justicia en la cual encajen todos los mundos posibles.

Los derechos humanos a debate es un esfuerzo por exponer algunos de los dilemas que, desde el plano jurisprudencial, se presentan a la luz de un marco

de respeto por los derechos humanos. A partir del principio y de la defensa de la dignidad humana, pone en discusión el acceso a la justicia en varias latitudes y con diferentes grados de complejidad.

¿Cómo pensar los derechos humanos que protegen la dignidad humana en una realidad social, política y económica actual que los ha vulnerado de forma sistemática? Por medio de diferentes miradas y contextos, esta obra intenta abrir discusiones y plantear dilemas actuales tanto del derecho como de la forma en la que vive la sociedad. Es un espacio que se vincula a los esfuerzos que se desarrollan desde la academia para proponer nuevas visiones sobre las problemáticas que retan a los legisladores en el mundo actual. Es, también, una contribución que conduce a repensar, a partir de casos jurídicos, la noción de dignidad humana en su sentido amplio y los retos a los que se enfrenta el derecho como ciencia que debe dar respuesta a las complejas y heterogéneas realidades del mundo social.

La estructura del libro contiene reflexiones que, desde un enfoque teórico del derecho y de las ciencias sociales, expone algunos de los dilemas que se han construido en el escenario del derecho internacional.

Además de analizar casos particulares, se muestra que el derecho, como una ciencia social, tiene la virtud de construirse tanto de una forma normativa como de una ley vivida o experimentada por la ciudadanía.

Se refieren casos específicos que ponen a prueba los paradigmas y dilemas jurídicos del derecho en Colombia y del derecho internacional, así como algunas de las disyuntivas que enfrentan los Estados en la aplicación de los principios fundamentales que salvaguardan los derechos humanos.

Este documento es un esfuerzo por mostrar los procesos jurídicos y sus complejidades, en un escenario internacional en el que la protección de la dignidad humana es el centro de atención. Es un espacio para reflexionar sobre las potencialidades y carencias del derecho internacional en el contexto del mundo actual y también una invitación a continuar ampliando el debate mediante reflexiones serias y rigurosas que aporten a la construcción de conocimiento sobre este campo.

Se integran trece textos con variadas perspectivas y dimensiones del derecho, cuyo denominador común es el análisis de decisiones e instancias jurídicas que protegen los derechos humanos y velan por un enfoque cada vez más holista de la dignidad humana.

El libro comienza con reflexiones respecto al Sistema Interamericano de Derechos Humanos y continúa con una revisión de instrumentos jurídicos internacionales como el Estatuto de Roma, así como el concepto del “velo de la ignorancia” de Rawls y los de seguridad colectiva, soberanía, derecho a la educación, libertad de expresión y problemas relacionados con el género. También se exponen casos paradigmáticos del derecho internacional como el de Thomas Lubanga Dyilo ante la Corte Penal Internacional y el de Manuel Cepeda Vargas contra Colombia ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Es producto del proyecto de investigación Nueva criminalidad y control, en desarrollo de la línea Fundamentos y transformaciones del poder punitivo, del Grupo de investigación Conflicto y criminalidad, de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Colombia.

FUNCIONES, ADMISIBILIDAD Y COMPETENCIA DE LOS ÓRGANOS DE PROTECCIÓN DE DERECHOS HUMANOS EN EL SISTEMA INTERAMERICANO

La consolidación del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH) se ha convertido en un pilar de la defensa de estos, originada tras la Segunda Guerra Mundial con la firma de la Declaración americana de los derechos y deberes del hombre, aprobada por los entonces miembros de la Organización de Estados Americanos (OEA). Esta reunión se llevó a cabo en Bogotá, en 1948, justo en el momento de uno de los episodios más importantes de la historia reciente de Colombia¹.

En 1969, los Estados miembros de la OEA redactaron la Convención americana sobre derechos humanos en San José y entró en vigor en 1978. Es un instrumento vinculante para todas aquellas Naciones que decidieron ratificarlo y adherirse a él. Contiene las obligaciones de los Estados parte (González y Sanabria, 2013), los derechos reconocidos, los órganos de protección, así como los mecanismos y su procedimiento.

La OEA, como organización que promueve los derechos humanos como postulado básico de un Estado social y democrático de derecho, cuenta con dos

¹ El 9 de abril de 1948 fue asesinado el caudillo del Partido Liberal Jorge Eliécer Gaitán, quien era candidato a ocupar el cargo de la Presidencia del país. En ese momento se llevaba a cabo en Bogotá la IX Conferencia Panamericana, antecedente de lo que después se conocería como la Organización de los Estados Americanos (OEA). Este crimen desencadenó lo que se ha denominado época de La Violencia.

órganos para la protección de estos. Uno de ellos es la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), órgano cuasi jurisdiccional que cumple un papel importante en la observancia y la defensa de los mismos. Fue creada mediante resolución de la Quinta reunión de consulta de ministros de Relaciones Exteriores en Santiago en 1959 y formalmente establecida en 1960, cuando el Consejo de la Organización aprobó su Estatuto y forma parte integral de la OEA desde 1967. Su reglamento, aprobado en 2009, ha sido modificado en varias oportunidades, la última de ellas en 2013 (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2009).

El segundo es el órgano jurisdiccional del Sistema Interamericano, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, creada por la Convención americana sobre derechos humanos de 1969 y establecida en San José desde 1979. Entre sus obligaciones más representativas se encuentran declarar la responsabilidad internacional de los Estados parte que a su vez le reconocieron competencia contenciosa.

El papel de la Corte Interamericana como máxima instancia supranacional en la protección de los derechos humanos ha sido fundamental. En efecto, en los últimos cincuenta años, la comunidad internacional y buena parte de los países de la región han dirigido sus esfuerzos a posibilitar la evolución del derecho internacional de los derechos humanos. Este demostró ser un camino apto, aunque complejo, para combatir la impunidad; un sendero con retrocesos dolorosos, pero también con avances inesperados y valiosos. Entre las funciones que le han sido asignadas está conocer asuntos relacionados con el cumplimiento de las obligaciones contraídas por los Estados parte (Organización de Estados Americanos, 1969)².

Las acciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos para cumplir la orden convencional de la observancia, defensa y protección de los derechos humanos son variadas, puesto que no se limitan a un rol judicial; también incorporan aspectos complejos con implicaciones políticas, producto de su tarea de supervigilancia de los derechos humanos. Las visitas *in loco*, los informes generales y especiales y las funciones consultivas garantizan la defensa real

2 La Corte Interamericana ha especificado que los Estados miembros han entendido que la Declaración contiene y define aquellos derechos humanos esenciales a los que la Carta se refiere, de manera que no se puede interpretar y aplicar la Carta de la Organización en materia de derechos humanos sin integrar las normas pertinentes de ella con las correspondientes disposiciones de la Declaración [...]. Las funciones de la Comisión en la interpretación y aplicación de la Declaración, están descritas más detalladamente en su Estatuto, aprobado por la Asamblea General de la OEA y en su Reglamento, que es aprobado por la propia Comisión.

y oportuna de los derechos humanos en los Estados. Cada vez se torna más fuerte su ámbito de aplicación en actividades promocionales, informativas y académicas que tienen como prioridad avanzar en la construcción de una auténtica cultura de los derechos humanos en la región³. Asimismo, pretende acercar su trabajo a la comunidad y posibilitar un diálogo fluido de sus integrantes con las realidades de los países y las necesidades de la ciudadanía en la tutela y defensa de los derechos humanos (Ventura, 2001).

En cuanto a las competencias jurisdiccionales, la Comisión cobra mayor solidez con el devenir de los años. Esto se refleja en su papel protagónico en la defensa de los derechos humanos mediante las medidas cautelares y el sistema de peticiones o denuncias individuales acerca de los casos que son de su competencia. Apunta, entre otras cosas, a la responsabilidad de un Estado cuando incumple las obligaciones de respeto, garantía y adecuación de los derechos humanos reconocidos en la Convención americana, sin que hubiera adoptado las medidas judiciales eficaces de protección en el derecho interno⁴. Esta importante función ha ido creciendo debido al número de casos que son objeto de conocimiento y que merecen una tutela judicial (Ventura, 2001), pues la mayor parte de los países enfrenta afectaciones de derechos humanos, entre ellas, la situación social y democrática que atraviesa la región (Ventura, 2001).

Además de sus funciones jurisdiccionales, la Corte IDH cuenta con otras de carácter consultivo (Fix-Zamudio, 1994). Una de las diferencias entre estas y aquellas es que las jurisdiccionales solo operan para los Estados que han ratificado o se han adherido a la Convención y han aceptado la competencia contenciosa de la Corte para poder ser demandados judicialmente. En tanto, las consultivas operan para todos los Estados miembros de la OEA y sus órganos principales, como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la Asamblea General, el Consejo Permanente, la Comisión Interamericana de Mujeres, etc. El objeto de

3 La Comisión actúa en desarrollo de las competencias que le confieren la Carta de la OEA, su Estatuto y Reglamento, los cuales le encomiendan jurisdicción sobre todos los Estados miembros de la Organización. Del mismo modo, atiende a las facultades específicas que le otorga la Convención americana.

4 Por ejemplo, cabe mencionar la reciente decisión de la Corte Interamericana en el caso Cepeda contra Colombia. La sentencia, adoptada el 26 de mayo de 2010, es la primera decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos relacionada con el exterminio de la Unión Patriótica (UP), partido surgido del acuerdo de paz entre el gobierno de Belisario Betancur (1982-1986) y las insurgentes Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC) (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2010a).

su función jurisdiccional es declarar la verdad de los hechos en un caso concreto que es exigible al Estado parte responsable; la función consultiva obedece a cuestiones inciertas frente al cumplimiento de las recomendaciones que la Comisión formula a los Estados⁵.

En ejercicio de estas funciones, tanto la Comisión como la Corte han desplegado una intervención dinámica, incluyente e innovadora en la materialización de los derechos humanos en aquellos casos en los que la justicia nacional no ha sido garantista o eficaz. Su evolución ha estado determinada por el devenir de las realidades sociales, políticas y jurídicas de los países que lo integran⁶.

Por ello, resulta de especial interés traer a colación el sistema de peticiones individuales como instrumento decisivo en la salvaguarda de los derechos humanos, en particular mediante el desarrollo de casos. Este amplía su producción jurisprudencial y su impacto práctico en los sistemas judiciales de la mayoría de países de la región (Ventura, 2001).

Con este mecanismo se reciben los reportes de eventos que exigen mayor trabajo para los órganos del Sistema Interamericano, el cual permite el acceso de personas de todo el continente para denunciar las violaciones a los derechos humanos y el incumplimiento de las obligaciones convencionales de los Estados parte de la Convención (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2016b). De otro lado, están las peticiones para denunciar el incumplimiento de las disposiciones de la Declaración americana por parte de los Estados que solo son miembros de la OEA (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2006f).

Sin embargo, tanto la Comisión como la Corte cuentan con un estudio de forma, en el que analizan los requisitos de competencia y admisibilidad para revisar si aceptan una petición o un caso para su conocimiento; entre los primeros se hallan los criterios de persona, tiempo, lugar y materia, estudiados por ambos órganos, pero con algunas diferencias significativas en su aplicación, debido a las funciones de cada uno.

5 Miembros de la Organización de los Estados Americanos que han aceptado la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: Argentina, Barbados, Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Chile, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Haití, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Surinam, Uruguay y Venezuela.

6 Sobre los aportes del Sistema, puede verse la Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2002), respecto a las medidas provisionales solicitadas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el caso de la Comunidad de Paz de San José de Apartado.

La Comisión Interamericana evalúa si reconoce su competencia para conocer de una petición o denuncia cuando cumple con los anteriores requisitos de la siguiente forma:

- Competencia en razón de la persona. Estudia tres elementos: legitimación por activa, legitimación por pasiva y calidad de la víctima. En el primero analiza quién interpuso la petición ante la Comisión, pues según el Artículo 44 de la Convención:

Cualquier persona o grupo de personas, o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más Estados miembros de la Organización, puede presentar a la Comisión peticiones que contengan denuncias o quejas de violación de esta Convención por un Estado parte.

Esta disposición permite que no solo la víctima o alguien con su consentimiento pueda interponer peticiones ante la Comisión. El legitimado por pasiva es el Estado que ha sido denunciado, el cual debe ser parte de la Convención y haber reconocido la competencia de la Comisión para conocer de dicho mecanismo. Por último, en relación con la calidad de la víctima, revisa que la víctima objeto de petición sea una persona del género humano, es decir, una persona jurídica no podría ser considerada como tal en razón del ámbito de protección con el que cuenta la Convención americana en su Artículo 1.2 (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1997); también busca que las víctimas sean concretas y determinables, con el fin de que sean identificadas plenamente durante el procedimiento ante la Comisión.

- Competencia en razón del tiempo. Conocerá de hechos posteriores a la entrada en vigor de la Convención en el Estado parte y del reconocimiento de la competencia de la Comisión para atender denuncias; por tanto, estudia la fecha de la ocurrencia de los hechos objeto de la petición y la confronta con la fecha de ratificación y adhesión del Estado denunciado, además del instrumento de aceptación otorgado por este. Esto no es óbice para que la Comisión pueda conocer de hechos sucesivos o de violaciones continuadas a los derechos protegidos por la Convención, como tortura o desaparición forzada en los que, si bien el inicio fue anterior a estos dos momentos, podrán ser estudiados por la Comisión cuando

superan la entrada en vigor de la Convención (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2016c; 2016d).

- Competencia en razón del lugar. Estudia peticiones o denuncias sobre hechos ocurridos dentro de la jurisdicción del Estado denunciado; sin embargo, dicha jurisdicción no debe entenderse como el espacio físico del territorio, pues en sus informes de admisibilidad, la comisión ha incluido el término de “jurisdicción funcional”, con el cual puede conocer de violaciones a los derechos humanos cometidas por agentes estatales del Estado denunciado en el territorio de otro Estado (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2010c).
- Competencia en razón de la materia. Acepta su competencia frente a las peticiones o denuncias que contengan alegadas violaciones a la Convención americana y a otros instrumentos del Sistema Interamericano cuando estos le han reconocido esta competencia a la Comisión⁷.

Ahora bien, para la Corte Interamericana, los criterios de competencia no varían de los exigidos por la Comisión en cuanto al nombre; sin embargo, es pertinente hacer unas precisiones en cada una de ellas:

- Competencia en razón de la persona. La Corte estudia los tres elementos de la Comisión, con las siguientes variaciones: en cuanto a la legitimación por activa, evalúa quién somete el caso ante la Corte; por mandato de la Convención y del Reglamento de dicho órgano, se restringe esta facultad a la Comisión y a un Estado parte de la Convención contra otro Estado parte que haya reconocido esta función de la Corte⁸. En legitimación por pasiva, revisa si el Estado denunciado es parte de la Convención y reconoce la competencia de la Corte para conocer de violaciones a

7 Puede verse, por ejemplo, la Convención interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, “Convención de Belem do Para”, cuyo Artículo 12 expresa: “[...] puede presentar a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos peticiones que contengan denuncias o quejas de violación del artículo 7 de la presente Convención por un Estado parte [...]” (Organización de Estados Americanos, 1995).

8 En la sede de la Corte Interamericana no se conoce un caso interestatal, pero sí en la Comisión, con Ecuador y Colombia. Sin embargo, está abierta la posibilidad para que se presenten, de acuerdo con el Artículo 62 de la Convención y el Artículo 36 del Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2009a).

dicho instrumento⁹. Respecto a las víctimas, exige que se encuentren debidamente determinadas e individualizadas desde el informe de fondo que realiza la Comisión antes de someter el caso ante la Corte. Si no fuera posible identificarlas por tratarse de violaciones masivas o colectivas, la Corte decidirá si las considera como tales (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2009a).

- Competencia en razón al tiempo. Conocerá de hechos posteriores a la entrada en vigor de la Convención en el Estado parte y del reconocimiento de la competencia de la Corte para asumir los casos sometidos a la Comisión; por tanto, estudia la fecha de la ocurrencia de los hechos y los confronta con la fecha de ratificación y adhesión del Estado denunciado y del instrumento de aceptación otorgado por el mismo a la Corte. De igual forma, opera la posibilidad de estudiar hechos anteriores a estos momentos si la violación es continuada¹⁰.
- Competencia en razón del lugar. Conocerá de los casos sometidos a ella por la Comisión sobre hechos ocurridos dentro de la jurisdicción del Estado denunciado, siempre y cuando este sea parte de la Convención.
- Competencia en razón de la materia. Aceptará su competencia en los casos sometidos a ella por la Comisión que contengan alegadas violaciones a la Convención americana y a otros instrumentos del Sistema Interamericano cuando estos han reconocido su competencia para examinarlas¹¹. Además, la Corte cuenta con una facultad interpretativa para declarar la responsabilidad de un Estado parte, al acudir a otros

9 La fecha en la que se vuelve parte de la Convención —con la respectiva ratificación y adhesión— y la fecha en que se deposita el instrumento con el reconocimiento de la competencia de la Corte Interamericana son momentos diferentes. Colombia se hizo parte de la Convención con la ratificación y adhesión desde el 28 de mayo de 1973 y aceptó la competencia tanto de la Comisión como de la Corte desde el 21 de junio de 1985.

10 Puede verse, por ejemplo, *Genie Lacayo Vs. Nicaragua*, en el que la Corte (1995) dictaminó su competencia para conocer de la violación al derecho humano a la vida y la conexidad con el derecho de protección judicial. El caso se mantuvo por mucho tiempo en la impunidad.

11 Por ejemplo, el Protocolo adicional a la Convención americana sobre derechos humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales, “Protocolo de San Salvador”, indica en su Artículo 19, numeral 6: “En el caso de que los derechos establecidos en el párrafo a) del artículo 8 y en el artículo 13 fuesen violados por una acción imputable directamente a un Estado parte del presente Protocolo, tal situación podría dar lugar, mediante la participación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, y cuando proceda de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a la aplicación del sistema de peticiones individuales regulado por los artículos 44 a 51 y 61 a 69 de la Convención americana sobre derechos humanos”.

instrumentos que, por su naturaleza y ámbito de aplicación, le dan un mayor alcance a los derechos reconocidos por la Convención¹².

Luego de declarar su competencia bajo los criterios expuestos, en cada órgano se revisan unos parámetros de admisibilidad, para considerar si la petición o el caso puede ser declarado de recibo antes de entrar al análisis de fondo, relacionado con las violaciones y el incumplimiento de las obligaciones convencionales. Dichos criterios son: agotamiento de los recursos internos, presentación de la petición a tiempo, pleito pendiente o cosa juzgada internacional y la denominada “cuarta instancia”.

- Agotamiento de los recursos internos. Para las presuntas víctimas que acuden al Sistema Interamericano es una obligación convencional haber interpuesto los recursos adecuados y efectivos con los que cuenta el Estado antes de recurrir a la Comisión Interamericana, excepto cuando haya alguna de estas causales contempladas en el Artículo 46.2 de la Convención:
 - a. En la legislación interna del Estado no existe el debido proceso legal para la protección del derecho o los derechos que se alega han sido violados.
 - b. Al presunto lesionado en sus derechos no se le ha permitido el acceso a los recursos de la jurisdicción interna o se le ha impedido agotarlos.
 - c. Hay retardo injustificado en la decisión sobre los mencionados recursos.

Este es un mecanismo de defensa estatal que se deriva del principio de subsidiariedad, con el cual se busca que una situación de violación a derechos humanos protegidos por la Convención sea conocida preferentemente en sede interna del Estado parte. Lo anterior implica una obligación de doble vía: por un lado, de la presunta víctima a agotar los recursos con los que cuenta el Estado y, por otro,

.....
12 En la Masacre Santo Domingo vs. Colombia, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2011) acudió a los Convenios de Ginebra, al Protocolo II y a los principios del DIH a manera de interpretación para darle un mayor alcance al derecho humano a la vida, debido a que el contexto en donde ocurrió la violación fue de conflicto armado interno.

de este a proveer recursos adecuados y efectivos que permitan la garantía de los derechos humanos contenidos en la Convención.

Cuando esta excepción —el agotamiento de recursos en la jurisdicción interna— es presentada por el Estado ante la Corte, su estudio se convierte en un examen de procedibilidad. Esta le exige a aquel que se cumplan los siguientes presupuestos:

- a. Haberla interpuesto en el momento procesal oportuno, esto es, en la etapa de admisibilidad ante la Comisión.
 - b. En ese momento, indicar cuáles eran los recursos adecuados y efectivos que debieron agotar las víctimas.
 - c. Que no exista un allanamiento tácito ni expreso frente a la excepción (González, 2010).
 - d. Luego de hacer dicho control, la Corte examina los recursos alegados por el Estado en la excepción; en algunos casos, cuando en los recursos se examina el cumplimiento de las garantías judiciales y la protección judicial, la excepción puede ser unida al fondo del asunto (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1995).
- Presentación de la petición a tiempo. Existe un término convencional de seis meses para presentar la petición ante la Comisión, que se contará a partir de la última notificación del recurso agotado y del recibido que hace la Secretaría Ejecutiva de la Comisión. Dicho tiempo podrá no ser tenido en cuenta siempre y cuando se presente alguna de las causales de las excepciones al previo agotamiento de los recursos internos; sin embargo, deberá interponerla dentro de un plazo razonable, como lo establece el Reglamento de la Comisión en su Artículo 33 (González, 2014; González y Sanabria, 2014).

En cambio, en sede de la Corte, tal excepción se denomina presentación extemporánea del informe de sometimiento del caso ante la Corte y el término que indica la Convención es de tres meses posteriores al informe preliminar que la Comisión dirige al Estado denunciado con las recomendaciones pertinentes para que cesen las violaciones alegadas. De no cumplirse ese término, será declarado inadmisile por la Corte, como sucedió con el caso *Cayara vs. Perú* (Corte Interamericana de Derechos

Humanos, 1993). Esa excepción no será tenida en cuenta cuando, en el interregno de los tres meses, el Estado solicite alguna prórroga para el cumplimiento de las recomendaciones de la Comisión.

- Pleito pendiente o cosa juzgada internacional. La Convención y el Reglamento de la Comisión establecen que se declarará inadmisble toda petición cuando sea sustancialmente la reproducción de petición o comunicación anterior ya examinada por la Comisión u otro organismo internacional (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2007c). Para que ello suceda, es necesario que en las dos peticiones, ya sean dirigidas a la misma Comisión IDH o a otro órgano internacional, concurre identidad de cuatro elementos, a saber: sujetos, objeto, base legal y órgano internacional (González, 2015).

La Corte ha expresado que los requisitos de procedencia del pleito pendiente internacional y de cosa juzgada consisten en demostrar que existe reproducción de un caso sustancialmente similar, es decir, las partes, el objeto y la base legal son idénticos. Sin embargo, en *Baena Ricardo vs. Panamá* y en *Saramaka vs. Surinam*, de forma implícita estudió los elementos relacionados con la naturaleza, el objeto y el propósito del proceso con el que se haría el estudio de duplicidad o cosa juzgada (González, 2011).

- Cuarta instancia. Tanto la Comisión como la Corte son órganos que garantizan y delimitan su competencia en virtud del principio de subsidiariedad y complementariedad; por ello, no pueden ser tomados como órganos de casación o de cuarta instancia para los procesos que han tenido decisiones definitivas en sede interna. Esto supone la prevalencia de la jurisdicción local, salvo que las decisiones de los tribunales nacionales hubieran sido arbitrarias, permitieran violaciones a los derechos humanos reconocidos en la Convención o no hubieran posibilitado la verdadera consecución de la justicia (Ayala, Martín, Rodríguez-Pinzón, 2008).

Sin lugar a dudas, el papel complementario y subsidiario del Sistema Interamericano de protección que actúa mediante sus órganos y el mecanismo de peticiones o denuncias tiene múltiples reconocimientos: por una parte, la fijación

de postulados generales de aplicación en materia de derechos humanos, resultantes de los aportes jurisprudenciales; de la institución de unos mínimos de obligatorio cumplimiento para los Estados; de la tutela directa de los derechos de las víctimas y los perjudicados; del alcance de la salvaguarda que deben implementar los Estados dentro de los sistemas judiciales y de las recomendaciones que impliquen modificar las leyes nacionales o prácticas jurídicas internas, entre otros¹³.

Lo anterior se refleja en la materialización de la justicia, el reconocimiento de los derechos de las víctimas, la búsqueda de la verdad, la lucha contra la impunidad y la construcción de la memoria histórica. La consecución de una respuesta judicial oportuna y adecuada no solo proporciona equidad y justicia a cada caso resuelto, sino que posibilita la construcción oficial, por parte de una instancia internacional, de las realidades sociales e históricas de los Estados, lo que propicia escenarios de paz, perdón y reconciliación en los países, así como estándares de respeto y observancia de obligatorio cumplimiento en el ámbito de los derechos humanos por los Estados y las instituciones que lo conforman.

Por otra parte, el concepto de víctima que ha desarrollado la Comisión a lo largo de sus aportes jurisprudenciales muestran que esta noción se ha ampliado, al punto de hacerla aplicable a una colectividad de personas, siempre que las mismas sean “identificables y determinables” (Ayala *et al.*, 2008). Ello supone una acepción más amplia y garantista de la posibilidad de intervención de víctimas como personas naturales en el Sistema Interamericano.

La jurisprudencia de la Corte se ha destacado desde el caso Blake vs. Guatemala, en el que consideró que la desaparición de la víctima y la incineración de sus restos mortales por parte de agentes del Estado “intensificó el sufrimiento de los familiares de la víctima, en detrimento de su integridad física y moral, lo cual constituía una violación del artículo 5 de la Convención Americana en perjuicio de los familiares” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1998).

De similar forma, en Villagrán Morales y otros niños de la calle, el Tribunal estimó que la falta de diligencia para establecer la identidad de las víctimas y dar aviso a sus familiares para que pudieran brindarles una sepultura acorde con sus tradiciones, valores o creencias, acrecentó el dolor padecido por ellos. Asimismo,

13 En cuanto a las víctimas, se ha avanzado en el *ius standi*, para que pueda acceder directamente al Tribunal una vez finalizado el trámite ante la Comisión, es decir, ya no solo es la Comisión o el Estado el que puede someter el caso a la Corte, sino también la víctima, sus familiares o representantes debidamente acreditados.

consideró que la violencia extrema ejercida sobre las víctimas por agentes estatales y su posterior abandono en un paraje deshabitado constituyeron un trato cruel e inhumano para los familiares, por lo que también los consideró víctimas (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1999).

En *Bámaca Velásquez*, la Corte asumió que la continua obstrucción a los esfuerzos de la esposa de la víctima por conocer la verdad de los hechos y, sobre todo, el ocultamiento del cadáver y los obstáculos que interpusieron diversas autoridades públicas a las diligencias de exhumación intentadas, así como la negativa oficial de brindar información al respecto, fueron tratos crueles, inhumanos y degradantes, violatorios de los Artículos 5.1 y 5.2 de la Convención (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2000).

En casos recientes como el de *Duque vs. Colombia*, se declaró responsable al Gobierno colombiano por no reconocer los derechos de igualdad y no discriminación, al no haber permitido el acceso en condiciones de igualdad a la pensión de sobrevivencia porque se trataba de una pareja del mismo sexo (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2016a). En *Quispialaya Vilcapoma vs. Perú*, declaró responsable internacionalmente al Estado de Perú por la violación del derecho a la integridad personal y a las garantías judiciales y a la protección judicial a un recluta del Ejército que fue agredido por un superior mientras hacía una práctica de tiro (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2016e).

Estos aportes de la jurisprudencia de la Corte IDH evidencian el progreso en la protección y el reconocimiento de los derechos de las víctimas a la verdad, justicia y reparación, tanto desde el punto de vista moral como material. En especial, es notorio que en la mayoría de los países de América se han visto situaciones de vulneración de los derechos humanos en las últimas décadas como consecuencia de muchos factores, entre los que se puede enunciar el abuso de poder, la arbitrariedad y la existencia de regímenes dictatoriales, entre otros. Ante ello, la Comisión y la Corte han tenido reacciones diversas en atención a las realidades de los Estados y las necesidades de tutela de los derechos de los ciudadanos.

Muestra de esto es el caso *Barrios Altos vs. Perú*, en el que la Corte decidió, entre otras cosas:

[...] 3. Declarar, conforme a los términos del reconocimiento de responsabilidad efectuado por el Estado, que éste incumplió los artículos 1.1 y 2 de la Convención americana sobre derechos humanos como consecuencia de la promulgación y aplica-

ción de las leyes de amnistía N° 26479 y N° 26492 y de la violación a los artículos [4, 5, 8 y 25 de la Convención americana] señalados en el punto resolutivo 2 de [dicha] Sentencia. 4. Declarar que las leyes de amnistía N° 26479 y N° 26492 son incompatibles con la Convención Americana sobre Derechos Humanos y, en consecuencia, carecen de efectos jurídicos.

En respuesta, el 15 de junio de 2001, Perú envió a la Corte:

[...] copia de la resolución de la Sala Revisora del Consejo Supremo de Justicia Militar de fecha de 4 de junio de 2001, así como de la Sala Plena de 1 de junio de 2001, mediante el cual se declaran nulas las resoluciones de sobreseimiento expedidas por la Sala de Guerra del mismo Consejo, de fechas 21 de octubre de 1994 y 6 de julio de 1995, referidas al caso Barrios Altos y, en acatamiento de lo dispuesto por la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, decide inhibirse del conocimiento de la causa a favor del Poder Judicial. Como consecuencia, se declara improcedente las solicitudes de varios encausados que habían pedido que se considerase la cosa juzgada en este crimen (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2001c).

Lo anterior resalta una vez más el aporte del Sistema Interamericano de Derechos Humanos a la justicia material, a la garantía de los derechos humanos y al reconocimiento a las víctimas de graves delitos frente a la desidia, ineficacia o inoperancia de los sistemas judiciales nacionales. Así, los efectos de la decisión de la Corte Interamericana en el caso de Perú no tardaron en surgir y pusieron de manifiesto la capacidad del Estado de observar, respetar y poner en práctica los mandatos de la Corte y sus efectos preventivos, lo que resulta invaluable para la eficaz protección de los derechos humanos. Tanto esta decisión como la jurisprudencia general de la Corte han tenido impacto en buena parte de los países latinoamericanos y han restringido el uso de la amnistía, por ser un mecanismo de impunidad y vulneración de los derechos de las víctimas, como también han negado cualquier tipo de actuación estatal que permita una restricción ilegítima al pleno goce y ejercicio de los derechos humanos.

El Sistema Interamericano se ha convertido en garante de la protección de los derechos humanos en el continente, sobre todo durante las crisis y los problemas endémicos tan continuos y en tantos lugares de la región (Goldman, 2007). Su papel ha sido fundamental en la reconstrucción de la democracia en América Latina, en particular después de las dictaduras, con el seguimiento de importantes pasos simbólicos como las Comisiones de la Verdad en Argentina, Chile,

Uruguay, El Salvador y Guatemala. Asimismo, se han creado planes nacionales en materia de derechos humanos en Brasil, Argentina, México y Colombia, sustentados en la jurisprudencia de la Comisión y de la Corte.

En suma, los aportes del Sistema Interamericano a los sistemas de justicia de los países de América Latina continúan desarrollándose. Los retos son muchos y las posibilidades de seguir consolidando la cultura de tolerancia cero a las vulneraciones de las garantías fundamentales de los ciudadanos son mayores. De ahí que las Naciones deberán seguir sumando esfuerzos, actualizando sus legislaciones nacionales y trabajando en el fortalecimiento de sus instituciones locales, para que los derechos humanos y su garantía ocupen un lugar primario en las agendas de los líderes políticos, la ciudadanía y la comunidad nacional e internacional y dejen de ser un bello discurso de escaso cumplimiento.

Si bien el rol que ha asumido el Sistema Interamericano ha sido de gran importancia para la región, hoy en día presenta un déficit financiero para cubrir sus gastos de operación y mantenimiento, sumado al escaso factor solidario desde los Estados parte.

A pesar de la relevancia del Sistema Interamericano, tanto la Corte como la Comisión tienen serios problemas de financiación. Según Goldman (2007), “Los 17 abogados que trabajan para la Comisión y que a la fecha atienden casi mil casos abiertos no se dan abasto para hacer frente al incremento anual de peticiones” (p. 141). Esta situación no es distinta para la Corte, debido a que en las modificaciones emitidas en 2001 todos los casos serían asumidos por esta instancia, conformada tan solo por seis abogados, personal insuficiente para el creciente número de casos que se presentan año tras año.

En recientes declaraciones a un diario español, el presidente de la Comisión Interamericana afirmó que las arcas de esta entidad están absolutamente vacías, situación que amenaza con la pérdida de un 40 % de su personal y las visitas a los países en donde adelantan tareas de monitoreo (Cavallaro, 2016). Es un reto proteger y asegurar la continuidad, el sostenimiento y el compromiso de todos los Estados miembros, pero también para los que no lo son aún, pues sus ciudadanos se hallan en desventaja en materia de acceso a la justicia internacional por la negación del acceso a la Corte para denunciar.

A manera de conclusión, el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos es una garantía en la salvaguarda de estos. Su eficacia queda

demostrada en la permanente producción jurisprudencial en temas de especial impacto, así como en la judicialización de casos de innegable relevancia para la construcción de escenarios de paz, lucha contra la impunidad y consecución de la verdad y la justicia material, sin dejar de lado su invaluable aporte en la prevención y detección de situaciones merecedoras de tutela por parte del organismo internacional.

EL PRINCIPIO DE COMPLEMENTARIEDAD EN EL ESTATUTO DE ROMA: ANÁLISIS DEL DERECHO COLOMBIANO FRENTE AL RECLUTAMIENTO DE MENORES COMO CRIMEN DE GUERRA

El reclutamiento de niños, niñas y adolescentes (NNA) en Colombia se ha extendido por años. Esta práctica es una de las formas más perversas de involucrar a las poblaciones en el desarrollo de la guerra, con uso de los menores de edad para tareas de información, colaboración e incluso de combate (Cifuentes, 2008).

Según cifras del ICBF (2014), más de 12.000 NNA han salido de estos grupos y se han vinculado a programas de reintegración en la última década, cifras alarmantes si se tiene en cuenta que los datos no registran a la población que aún se encuentra incorporada ni a quienes obtienen su mayoría de edad mientras participan en estos grupos ilegales.

De acuerdo con el estudio realizado por Springer (2012), para 2012, un 40 % de los NNA reclutados por grupos armados ilegales formaba parte de las FARC y del ELN con una proporción semejante. El origen de estos jóvenes es rural y áreas de pobreza urbana. Se espera que, en el momento de la firma de los acuerdos de paz con las FARC, en el proceso de desmovilización se registren cerca de 10.000 NNA. Sumado a esta información, existe evidencia de que hay un creciente número de NNA que están siendo reclutados por bandas criminales (bacrim) ante el proceso de desmovilización de las FARC y del ELN (Downing, 2014).

La situación de los NNA no solo está inserta en condiciones inherentes al proceso de la guerra en el país, sino a un contexto socioeconómico con débiles lazos de integración social. Para algunas familias de escasos recursos y escenarios de violencia, la incorporación a estos grupos es una forma de mejorar su estatus, tanto económico como social, por la búsqueda de valores atribuidos a ellos gracias al poder y al acceso a uniformes, armas y vehículos, entre otros, que reflejan autoridad y poder dentro de su espacio local (Cifuentes, 2008).

En Colombia, el reclutamiento de NNA se ha presentado en organizaciones guerrilleras, paramilitares y bandas criminales, las cuales han sido protagonistas de un conflicto armado que afecta al país desde hace más de cuatro décadas. En este escenario complejo y beligerante, los menores de edad también pueden ser considerados victimarios, bien como autores o partícipes de delitos relacionados con la violación de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario o por la comisión de delitos comunes¹⁴.

El delito se incluyó en la legislación doméstica desde 2000, con la entrada en vigor del Código Penal Colombiano; sin embargo, la tasa de impunidad en este ámbito es alta. La posibilidad de que estos crímenes sean conocidos por la jurisdicción internacional, es decir, por la Corte Penal Internacional, solo opera a partir de hechos cometidos con posterioridad a noviembre de 2009, en virtud de la cláusula de salvaguarda que suscribió el Estado colombiano al ratificar el Estatuto de Roma para crímenes de guerra.

En efecto, el reclutamiento de menores es un crimen de guerra que puede ser investigado y sancionado no solo por los tribunales nacionales, sino por la Corte Penal Internacional¹⁵. Este delito consiste en la vinculación de NNA por parte de los grupos armados, los cuales se valen de aquellos como instrumentos de guerra, cercenan sus derechos fundamentales y los emplean para la consecución de las

14 "Los niños o niñas acusados de delitos según el derecho internacional supuestamente cometidos mientras estaban vinculados con grupos o fuerzas armadas deberán ser considerados en primer lugar como víctimas de delitos contra el derecho internacional, no solamente como perpetradores. Por tanto, deberán ser tratados de acuerdo con las normas internacionales en un marco de justicia restaurativa y rehabilitación social, en concordancia con el derecho internacional que ofrece a la infancia una protección especial a través de numerosos acuerdos y principios. En donde sea posible, se deben buscar alternativas a los procesos judiciales en sintonía con la Convención de los Derechos del Niño y otros estándares internacionales para la justicia juvenil" (Organización de Naciones Unidas, 2007).

15 A partir del 1 de noviembre de 2009, la Corte Penal Internacional tiene competencia para adelantar investigaciones e imponer sanciones por crímenes de guerra cometidos en Colombia y que no hayan sido juzgados e investigados en el país.

finalidades de la organización criminal. Ha sido una práctica recurrente en grupos guerrilleros, paramilitares y bandas delincuenciales organizadas dedicadas al narcotráfico y delitos conexos.

Los NNA están expuestos a grandes riesgos al participar de cualquier manera en los escenarios de conflicto armado. De acuerdo con la Defensoría del Pueblo (2002), los trabajos que desarrollan ponen su vida y la de sus familiares en juego, sin contar con los posibles daños a la integridad física y emocional a los que están expuestos.

La vinculación de menores de edad al conflicto ha impactado en la forma en la que los mismos conciben la guerra. Quienes están insertos en el conflicto edifican sus proyectos de vida a partir de construcciones sociales en las que la ilegalidad no refleja un patrón de comportamiento que se debe evitar, sino que constituye su cotidianidad: la forma en la que se relacionan con los demás. La comunidad más cercana a los NNA, incluso su familia, deja de ser vista como legítima en la diferencia mediante la naturalización de la diferencia (Valencia-Suescún, Ramírez, Fajardo y Ospina-Alvarado, 2015).

El reclutamiento de menores de edad es considerado como una grave infracción al derecho internacional humanitario y, por tanto, debe ser investigado, perseguido y sancionado por el Estado; a falta de una debida diligencia en la jurisdicción interna, de manera subsidiaria y complementaria, deberá ser sancionado por jurisdicciones internacionales, como la Corte Penal Internacional (Ramírez, 2010). Aquí se materializa la limitación de la competencia de este órgano, no solo por la cláusula de salvaguarda, sino porque deberá quedar acreditado que el Estado colombiano no ha querido o no ha podido judicializar los casos de reclutamiento de menores.

En el marco de un conflicto armado interno, es frecuente que uno de los actores armados en confrontación utilice esta práctica como mecanismo de relevo de sus integrantes para sostener el poder militar. Por ejemplo, las guerrillas incorporan NNA que se encuentran ubicados en asentamientos indígenas y en zonas alejadas de las grandes ciudades como en áreas rurales del país (Ramírez, 2010); incluso cuentan con estudios demográficos de los sitios en donde hacen presencia, con el fin tener un control exacto de quienes llegan a la edad mínima de incorporación. De igual forma lo hacen otros grupos ilegales surgidos tras la desmovilización paramilitar como Los Rastrojos o Los Urabeños, los cuales han

extendido su reclutamiento a zonas urbanas. Los indígenas y afrodescendientes son quienes más sufren este flagelo, pues comienzan el proceso desde los 9 o 10 años (Organización de Naciones Unidas, 2012).

Otras causas que facilitan el reclutamiento de menores son la pobreza, la precariedad y la marginación, dado que estas condiciones socioeconómicas los convierten en un objetivo fácil, mediante técnicas como engaños, manipulación y falsas promesas de una vida mejor. Esto ha ocasionado que familias y poblaciones se vean forzadas a huir de sus hogares, con el fin de evitar que los NNA sean captados por dichos grupos insurgentes. Asimismo, la situación que viven los NNA en sus hogares los lleva a acudir a estas organizaciones en busca de oportunidades, con el ideal de tener un mejor futuro o, al menos, darles fin a los maltratos ocasionados por familiares.

No obstante, los NNA reclutados —voluntaria o involuntariamente— son victimizados y sufren de violaciones a sus derechos como la vida e integridad personal, que se materializan en actos como tortura, lesiones, violencia sexual y tratos crueles, inhumanos y degradantes. En contraste con la idea que tienen al ingresar a estos grupos, deben afrontar circunstancias peores a las que vivían y son forzados a habituarse a situaciones de horror, de guerra y extrema violencia o a presenciar y ser actores de crímenes.

Los NNA involucrados tienen dos calidades, tanto de víctimas como de victimarios. Este hecho exige un estudio por parte del derecho internacional humanitario y de las normas de derechos humanos, para valorar disposiciones internacionales y determinar la responsabilidad de los menores de edad en forma diferenciada, dado que en Colombia, la legislación nacional excluye la aplicación de beneficios, incluso para menores involucrados, en razón a que se trata de crímenes de guerra y lesa humanidad (Oliveros, 2012).

El reclutamiento de menores de edad por parte de grupos armados es alarmante: el nuestro es uno de los treinta países en donde los NNA sufren más a causa de la guerra y es el cuarto con mayor número de NNA en este tipo de colectividades (Tirado, 2013).

Según información de la ONU (2012), en 2012, la incorporación de NNA seguía presente en 128 municipios de veintitrés departamentos, en especial en Antioquia, Atlántico, Bolívar, Caldas, Cauca, Cesar, Chocó, Córdoba, Cundinamarca, La Guajira, Magdalena, Meta, Nariño, Norte de Santander,

Putumayo, Sucre y Valle del Cauca, orquestada por los grupos armados que se organizaron después de la desmovilización de los paramilitares.

Los Convenios de Ginebra y sus Protocolos Adicionales prohíben la participación de menores de 15 años en los conflictos armados, establecen una especial protección en los enfrentamientos de carácter no internacional y puntualizan la prohibición que existe por la participación de los menores de edad en las hostilidades.

El Estatuto de Roma también ha consagrado el reclutamiento de menores como un crimen de guerra¹⁶. Asimismo, el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas se ha manifestado al respecto en las Resoluciones 1265 de 1999, 1314 de 2000, 1379 de 2001, 1460 de 2003, 1539 de 2004, 1612 de 2005 y 2882 de 2009. En materia interna, el Código Penal colombiano tipifica el reclutamiento de menores como delito¹⁷.

La incorporación de NNA ha sido una práctica frecuente en el conflicto armado colombiano y, aun cuando existen normas que la sancionan, en la práctica son pocos los casos denunciados, perseguidos y condenados. Esto ha conducido a una cifra desorbitante de impunidad, que ha sido causada por varios motivos, entre ellos: i) el sistema de justicia; ii) el miedo a denunciar; iii) las represalias a las que se ven sometidas las víctimas; iv) el temor a ser revictimizados; v) la falta de capacitación de funcionarios judiciales, y vi) la escasez de mecanismos para adelantar investigaciones, entre otros.

Dicha impunidad evidencia la necesidad de crear un mecanismo o una política que se encargue de la detección de este fenómeno e investigue y sancione a los responsables de cometer este delito de carácter nacional e internacional. Aunado a ello, Colombia ha suscrito y ratificado convenciones y protocolos relacionados con el respeto y la garantía de los derechos de los NNA y se obligó internacionalmente a proporcionar un tratamiento preferente y diferenciado. En consecuencia, si el Estado no está en la capacidad de adelantar las investigaciones por el delito de reclutamiento forzado como crimen de guerra o de hacer las indagaciones

16 El Artículo 8. xxvi) señala que constituye crimen de guerra el reclutar o alistar a niños menores de 15 años en las fuerzas armadas nacionales o utilizarlos para participar activamente en las hostilidades.

17 "Artículo 162: El que, con ocasión y en desarrollo de conflicto armado, reclute menores de dieciocho (18) años o los obligue a participar directa o indirectamente en las hostilidades o en acciones armadas, incurrirá en prisión de seis (6) a diez (10) años y multa de seiscientos (600) a mil (1000) salarios mínimos legales mensuales vigentes".

necesarias y efectivas para sancionar a los responsables de este grave crimen, por hechos constitutivos de delito con posterioridad a noviembre de 2009, la Corte Penal Internacional activaría su competencia complementaria y, en suma, podría adelantar investigaciones y proferir decisiones penales individuales.

REFLEXIONES EN TORNO AL “VELO DE LA IGNORANCIA” DE JOHN RAWLS EN EL CASO DE LA ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE

En el contexto de la filosofía, John Rawls es considerado como un neocontractualista, que se ha centrado en una propuesta sobre la naturaleza de la justicia. Quizá una de sus obras más influyentes es la *Teoría de la justicia*, en la que actualiza la versión del contrato social de Rousseau y Hobbes.

La influencia de Rawls ha sido extensa en campos como la ciencia política, en donde se han retomado conceptos clásicos como el del velo de la ignorancia. Lo que intentó este autor fue abordar la idea de una sociedad en la que cada uno de sus integrantes elige con base en un contrato social, con criterios que excluyen el miedo o las coacciones, dado que la presencia del uso de la fuerza resta utilidad a una sociedad que actúa desde el principio de la justicia y del bienestar colectivo.

El velo de la ignorancia plantea que todos los integrantes de una sociedad, sin saber específicamente cuál es su lugar en ella, toman las mejores decisiones con racionalidad para beneficiar a la colectividad.

A partir de lo que el filósofo estadounidense denominó “velo de la ignorancia”, se plantean algunas consideraciones respecto a la Constitución Política de Colombia de 1991, tras los procesos de negociación que se adelantaron con grupos guerrilleros. Esto permite hacer un ejercicio de reflexión sobre la forma en la que se ha construido un proceso legal que orienta la justicia en la sociedad colombiana desde la emisión de la Carta Magna que incluyó a diversos actores sociales.

En el momento de la construcción del documento que ordena legalmente al país, fue necesario negociar con grupos armados ilegales como el M-19. Estos hechos implicaron un enfrentamiento entre dos extremos en disputa, que remitieron a la estructuración de un Estado democrático en donde todos formaran parte y todos contaran.

De acuerdo con Rancière (1996), en el caso de la negociación con los grupos armados ilegales en Colombia que participaron del contexto de la posterior consolidación de la Constitución de 1991, se creó un escenario para la política, entendida como una forma de abrir el espacio para contar a los no contados y a toda la comunidad y como una ruptura del *arkhé*, es decir, de las posiciones entre quienes ejercen el poder y quienes lo sufren desde una visión institucional. En estos términos, las guerrillas con las que se negoció se convirtieron en sujetos políticos, definidos por su oposición a la forma de racionalidad estatal.

En las negociaciones que dieron origen a la Constitución de 1991, fue necesario concertar dos posiciones opuestas, que se pueden explicar con lo que Rawls (2012) llama “posición original”. Esta posición remite a un estado de naturaleza, si se quiere plantear en los términos que Hobbes (1985) lo traza. La postura original a la que se refiere Rawls es una forma de contrato social que da cuenta de un proceso democrático en la que se reconoce al Estado como la suma de las voluntades individuales, en donde se respetan las diferencias y se asumen responsabilidades de cada una de las partes involucradas en la construcción de los valores sociales comunes.

La posición original es una abstracción que remite a una forma de acercamiento entre los opuestos que, en esta ocasión, se reconocen el uno al otro, pero sin conocimiento claro de los intereses de la contraparte.

Para profundizar en el análisis, es fundamental partir de la definición que Rawls (2012) brinda respecto a la posición original y busca que:

Cualquier acuerdo que se obtenga sea equitativo. Es un estado de las cosas en el cual las partes están igualmente representadas como personas morales y el resultado está condicionado por contingencias arbitrarias o por el equilibrio relativo de las fuerzas sociales. Así, la justicia como imparcialidad es capaz de usar la idea de la justicia puramente procesal desde el comienzo (pp. 120-121).

El elemento fundamental para entender un conflicto es el hecho de que las partes se ubican tras el velo de la ignorancia, es decir, desconocen factores clave como su posición ante la sociedad o detalles tan importantes como su concepción de lo que es justo o su propia psicología, para facilitar un punto concreto de consenso.

Lo justo no brota de manera natural. De hecho, es fruto de un acuerdo social que parte de un pacto sobre elementos comunes. El primer conflicto surge del desacuerdo: lo que para la parte A es justo y equitativo, puede no serlo para la parte B.

Así las cosas, se llegará a un convenio como consecuencia de una reflexión profunda que se origina en una posición en la que las partes se ubican tras el “velo de la ignorancia”. Esta discusión de principios desemboca en pactos mínimos de convivencia que adoptan normas de conducta que deben ser asumidos por las partes de manera general.

Ese sería el acuerdo más puro pues, como lo dice Rawls (2012), ninguna de las partes obtendrá ventaja de manera deliberada sobre la otra, porque en la teoría ambas desconocen los intereses del otro y, en muchos casos, ni siquiera conocen sus propios intereses y motivaciones.

Para que un contrato de esta naturaleza llegue a buen puerto, es fundamental que se cumpla el cometido que plantea John Rawls (2012), cuando dice que “si la posición original ha de producir acuerdos que sean justos, las partes tendrán que estar equitativamente situadas y tratadas equitativamente en tanto que personas morales” (p. 139).

Sería impensable un acuerdo en el que no haya equidad absoluta entre las posiciones de una y otra parte, pues esto desembocaría en un resultado que lesionaría los intereses de aquella que está en desventaja.

Ahora bien, la posición original no puede confundirse con ignorancia general. Si bien es cierto que las partes inician con una ignorancia frente a diferentes aspectos, estas deben tener un conocimiento mínimo de factores externos que faciliten una negociación.

En la vida práctica, una negociación desde una posición original cuyas partes están recubiertas por el velo de la ignorancia no deja de ser utópica. Si así fuera, sería muy sencillo lograr una sociedad justa y democrática. Los conflictos surgen

como consecuencia de diferencias profundas y posiciones antagónicas ante determinados aspectos de la vida en sociedad.

Para el presente análisis se toma como referente el conflicto armado que padece Colombia, con el fin de profundizar en la propuesta de Rawls. Se parte del hecho de una sociedad futura más justa, equitativa y democrática, anclada a normas que se materializan en el accionar de sus ciudadanos, como una respuesta a la situación de violencia o conflicto armado interno. Se reflexiona sobre sus implicaciones y las negociaciones, encaminadas a un agotamiento de etapas para llegar a una paz duradera en el posconflicto o a la eficacia de la política pública interiorizada por sus individuos, en donde los intereses individuales o privados no tengan cabida.

Se inicia en la consideración de que la guerra en Colombia enfrenta al establecimiento con unos grupos ilegales que, mediante las armas, apuntan a conseguir unos cambios que no pueden alcanzar por los canales democráticos que ha creado nuestra propia sociedad en doscientos años de vida independiente.

El Estado arguye que la apertura democrática de nuestra Nación permite que las reivindicaciones pretendidas por las guerrillas sean adquiridas con total libertad, mientras que la guerrilla alega la imposibilidad de hacerlo. En el momento de pactar la salida negociada al conflicto, tuvo que existir, en primera instancia, un reconocimiento como actores políticos a las dos posiciones, tanto al Estado como a la guerrilla.

A la luz de los planteamientos de Rawls (2012), los dos actores principales representan polos opuestos que deben concertar bajo una lógica de justicia y, por tanto, desde el “velo de la ignorancia”, ambas partes apuntan a concepciones opuestas sobre la organización política, económica y social del país.

La “posición original” desde el contexto de los actores del conflicto armado en Colombia

La Constitución Política de 1991 fue la culminación de un proceso de reformas en el país, entre las que se encontraron la desmovilización de tres movimientos guerrilleros —el M-19, Quintín Lame y el EPL— que nacieron en un ambiente de cambio social en el país, fortalecidos por la izquierda que emergió en toda la región. Como lo dice Zuluaga (1999), correspondía a “[...] épocas de utopías, en

la que los sueños en torno a una futura e inevitable sociedad superior justificaba el recurso a la violencia” (p. 2).

El M-19 o Movimiento 19 de abril surgió después de las elecciones presidenciales efectuadas ese día de 1970 en las que ganó Misael Pastrana Borrero, quien competía contra el general Gustavo Rojas Pinilla. El grupo se organizó ante lo que consideró un fraude electoral, en primer momento como un movimiento político y luego como un movimiento armado. Pronto, el M-19 se convirtió en el centro de un despliegue mediático tras actos como el robo de la espada de Simón Bolívar. Su accionar en entornos eminentemente urbanos hacía de este una rareza en el escenario de las guerrillas existentes en el país.

Por su parte, el Movimiento Armado Quintín Lame nació como guerrilla indígena en el departamento del Cauca, por la defensa del territorio ante grandes terratenientes; el Ejército Popular de Liberación (EPL) surgió en 1967 en Antioquia, como un grupo insurgente con orientación marxista-leninista y llegó a convertirse en una de las guerrillas más grandes del país después de las FARC y el ELN.

En 1985, luego de las constantes violaciones a la tregua por parte del M-19 y de las Fuerzas Armadas, se produjo la toma del Palacio de Justicia. Tras estos hechos protagonizados por el M-19, el Estado colombiano, en cabeza del presidente Belisario Bentacur, entró a la fuerza con el Ejército Nacional para retomar el edificio, lo que dejó un saldo de 94 personas muertas; entre ellas se encontraban once de los veinticuatro jueces del Tribunal Supremo del país y todos los rebeldes.

Las dos tomas del Palacio de Justicia, en noviembre de 1985, fue la apoteosis de la violencia política colombiana. No se respetaron allí los cánones judiciales, se violaron todas las formas de legalidad y del derecho de gentes, se conculcaron los derechos humanos y se mostró ante el mundo la imagen de un país en el que lo violento aparece como normal en el quehacer político (Comisión de estudios sobre la violencia, 1987, p. 256).

Debido a estos sucesos, calificados por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) como holocausto y masacre, se declaró al Estado responsable por desaparición forzada, ejecución extrajudicial y violación a la libertad e integridad personal, entre otros delitos.

Para el período presidencial de Virgilio Barco (1986-1990), el M-19, el Quintín Lame y el EPL comenzaron un proceso de negociación con el Gobierno para su desmovilización, lo que culminó en 1990 con la entrega de armas y la intención de iniciar un proceso constituyente en el que se incluyeran minorías como indígenas, campesinos y afrodescendientes, que hasta ese momento habían sido marginados de la vida política del país¹⁸.

Dichas guerrillas acordaron su desmovilización si y solo si el Gobierno convocaba a una Asamblea Nacional Constituyente, para redactar una Carta Política que abarcara temas sociales por los que ellos estaban luchando. Esa convocatoria se hizo por medio del movimiento “Séptima papeleta”. Al estar integrado por diversos sectores de la vida pública del país, se dejó de lado la tradicional maquinaria política y se “produjo el espejismo del derrumbe del viejo sistema clientelista y de su fundamento bipartidista” (Restrepo, 2011, p. 189).

Como lo demuestra este proceso de paz que logró conformarse por setenta miembros que trabajaron en el documento durante 150 días, los canales institucionales fueron eficaces (Comisión Intercongregacional Justicia y Paz, 1998). Para garantizar una plena representación, se acordó también la configuración de unas “circunscripciones de paz”, para facilitar la llegada de representantes de los desmovilizados a la Corporación que redactó lo que conocemos con el nombre de Constitución de 1991.

El velo de la ignorancia en el proceso constituyente

El proceso que derivó en la nueva Constitución del país se desarrolló luego de una concertación mediante las vías institucionales y en el marco de la legitimidad del Estado y sus herramientas jurídicas, pero cabe preguntarse: en la Asamblea Nacional Constituyente de 1991, ¿las partes estaban tras el velo de la ignorancia? La respuesta es un no contundente. Allí, los grupos guerrilleros recientemente desmovilizados y los partidos políticos tradicionales llegaron con su agenda política e ideológica.

Ahora bien, en la negociación no solo estaban presentes estas dos posiciones, pues también participaron actores sociales diversos. En la historia colombiana,

18 Para ampliar información, es recomendable visitar la página del Centro de Memoria Paz y Reconciliación, disponible en <http://centromemoria.gov.co/HechosDePaz/>

esto se ha considerado como una contradicción, puesto que en el ámbito central el país se había caracterizado por su fortaleza institucional, mientras en las regiones no sucedía así: la institucionalidad convivía con estos actores que se mantuvieron en la ilegalidad.

La Asamblea Nacional Constituyente ha sido concebida como un modelo de consenso constitucional y como un instrumento para la reconciliación, gracias a su naturaleza pactista y transaccional (Hernández, 2013). Entonces, se podría pensar la Constitución de 1991 como la expresión de la unanimidad entre posiciones que, de forma horizontal y democrática, lograron un acuerdo. Sin embargo, luego de veinticinco años, se ha visto que esta Carta no ha resultado ser un pacto nacional, debido a que múltiples actores no respetan los valores y principios constitucionales.

La Asamblea Nacional Constituyente fue una muestra contundente de la madurez democrática del Estado colombiano, en la que las minorías encontraron el camino idóneo para tramitar sus diferencias por vías ajenas a las violentas; no obstante, no alcanzaron, como lo plantea Rawls (2012), el estado del “velo de la ignorancia” para la concertación.

Los grupos que se encontraron en esta Asamblea resaltan por su heterogeneidad y, en tal virtud, no se puede hablar de bloques o posiciones que se encuentren bajo la ignorancia de supuestos e intereses ideológicos y políticos que se enfrentan. En este punto, la propuesta de Rawls (2012) es teórica y, en tal sentido, refleja una abstracción; por tanto, sería injusto acusarlo de contemplar exclusivamente dos lugares de enunciación en la política. Sin embargo, en el caso de la política en Colombia sería ingenuo considerar que en el momento de la negociación de la Carta Magna no había intereses definidos y conocidos de antemano por todas las partes participantes.

La propuesta de Rawls (2012) se hace en el marco de los principios del liberalismo y, por eso, una Constitución debe establecer determinados dispositivos para regular las divergencias que solo se alcanzan con el consenso constitucional. Si bien en Colombia surgió la Constitución, años más tarde la realidad política del país demostró que este consenso fue débil y carente de legitimidad, en cuanto a un consenso de las diferentes posiciones. Para esta época, la democracia dio un giro que ponía el acento en un sistema político de actores extralegales y de poderes fácticos (Duque, 2012).

Diez años después de la promulgación de la Constitución se efectuó el conocido Pacto de Ralito, encuentro que tuvo como participantes a varios senadores y representantes de grupos paramilitares que tenían como objetivos refundar el país con principios que distaban de los constitucionales (Hernández, 2013).

En 2006, tras la desmovilización, comenzó el proceso de la llamada parapolítica, en el cual quedó al descubierto que más de un 20 % de los senadores de ese momento tenían vínculos con el narcotráfico y el paramilitarismo, sin contar con altos puestos como los servicios secretos (Fernández, 2007).

Por otra parte, en las negociaciones entre el Gobierno y las FARC, estas expresaron la idea de una nueva Asamblea Constituyente, lo que cuestiona el papel que le atribuye Rawls (2012) a una democracia liberal que, en el caso colombiano, no ha logrado consolidarse como el contrato social que oriente el destino del país.

A pesar de que no se cumplió con la propuesta de Rawls (2012), es necesario considerar que esta es válida como punto de referencia para el proceso de negociación de conflictos en Colombia, pues la mera utilización de la fuerza legítima del Estado no es suficiente para acabar con ellos.

Así las cosas, aquello de que las partes deben allegarse a la mesa de negociación con una posición original para acordar las reglas de la vida republicana es de gran importancia, pues como bien lo dice John Rawls (2012), “en igualdad de circunstancias, una concepción de la justicia es preferible a otra cuando su elección no depende de cálculos elaborados a la luz de una vasta colección de posibilidades definidas teóricamente” (p. 140). Por tanto, el accionar de la política pública como Estado social de derecho debe dar respuesta a la garantía de derechos y principios y al disfrute del bienestar colectivo de la sociedad, lo que redundaría en los capitales social, humano, intelectual, cultural, político y económico, entre otros.

EL DERECHO INTERNACIONAL A PARTIR DEL CONCEPTO DE SEGURIDAD COLECTIVA: LA ORDEN DE DETENCIÓN Y ENTREGA EUROPEA

La seguridad es un tema recurrente que ha preocupado a los Estados nacionales. Desde los planteamientos hobbesianos, se percibía la necesidad de pactos sociales que construyeran estrategias de confianza y protección ante peligros que, aunque desconocidos, eran potencialmente desestabilizadores. En un primer momento, los Estados nacionales se constituyeron bajo la idea de un pacto social de Estado en el que los ciudadanos se reunían en torno a la protección de sus derechos.

En este orden de ideas, la seguridad es un tema de inmensa complejidad en el escenario contemporáneo, en donde los riesgos que sufren los individuos a escala global se multiplican y la protección de los derechos fundamentales se posicionan como centro de la discusión.

Es preciso revisar la pertinencia de herramientas jurídicas que, desde la perspectiva de la seguridad colectiva, pretenden otorgar mayor eficiencia para la protección de sus intereses, no solo de los Estados, sino de una región, como en el caso europeo. El mecanismo más ilustrativo es la orden de detención y entrega europea implementada desde 2002. Con esto se busca plantear una reflexión sobre el avance o el retroceso del derecho internacional a partir del concepto de seguridad colectiva.

La seguridad colectiva

La seguridad colectiva es un concepto anclado en el surgimiento mismo de la Modernidad y, por tanto, se ha desarrollado a la luz del nacimiento de los Estados nacionales. Surge como una necesidad geopolítica y estratégica para conservar la estabilidad internacional, como producto de la desconfianza del proceso de expansión de corte imperial de los nacientes Estados nacionales que se afianzaron con la industrialización de finales del siglo XVIII y comienzos del XX.

El riesgo de la agresión de un Estado a otro creó un escenario de tensión permanente, situación que requirió pactos por medio de la búsqueda de la estabilidad regional. Sin duda, el momento más puntual en el que se cristaliza la noción de seguridad colectiva es el surgimiento de la Sociedad de las Naciones, antecedente directo de las Naciones Unidas, encargada de aglomerar los intereses de un bloque de Estados que busca la protección de la estabilidad geopolítica ante eventuales ataques externos.

Estos pactos siempre estuvieron presentes de varias formas; sin embargo, es hasta finales de la Primera y la Segunda Guerra Mundial cuando por primera vez emerge un convenio de carácter global para evitar otra catástrofe como esas.

Antes que consolidarse como una manera de evitar los conflictos, la seguridad colectiva se construyó a partir de la búsqueda de mecanismos para alcanzar la paz entre las Naciones, bajo la idea de que un pacto de seguridad colectiva protege a los Estados miembros en contra de un posible agresor y de que estos se alinean para brindar el respaldo necesario y prevenir cualquier daño externo (Weiss, Forsythe, Coate y Pease, 2004).

Desde las perspectivas realistas, con la Guerra Fría se reconoció la existencia de rivalidades peligrosas entre quienes desean la hegemonía mundial y están dispuestos a hacer uso de la fuerza para conseguirlo. En este contexto, la seguridad colectiva es una respuesta ante la ausencia de una autoridad central que brinde protección y tenga la capacidad de una importante ofensiva militar, debido a la ausencia de un conocimiento claro de las intenciones de los otros Estados (Mearsheimer, 2001).

En sentido general, la seguridad colectiva se puede entender como la posibilidad de garantizar la seguridad de todos los Estados mediante la acción integrada de los mismos para evitar el desencadenamiento arbitrario del poder de un Estado

sobre otro. Así, llegado el caso, un Estado agredido contará con el respaldo de un colectivo de Estados, mediante sanciones como las económicas o militares (Inis, 1962). En términos de Chiabra (2012), la seguridad colectiva tiene como objeto:

Lograr que los Estados renuncien al uso de la fuerza con la garantía que cualquier amenaza o agresión contra un Estado será contestada por la comunidad de Estados de manera conjunta. Este sistema mantiene la paz y la seguridad fomentando las relaciones basadas en el respeto al principio de igualdad de derechos y a la libre determinación de los pueblos (p. 70).

Sin duda, el caso más representativo de estas agrupaciones de países es el de las Naciones Unidas, surgidas en el marco de la Segunda Guerra Mundial para luchar en contra de las Potencias del Eje¹⁹.

En el derecho internacional, el abordaje de la seguridad colectiva ha estado directamente relacionado con los acontecimientos sociales, económicos y jurídicos de los países. En efecto, las realidades nacionales y supranacionales han determinado la manera de regular ciertos aspectos entre Estados y entre estos con los individuos.

Precisar si la seguridad colectiva se trata de una evolución o involución depende del tipo de criterio que se adopte; si se analiza desde la óptica de los derechos fundamentales, puede afirmarse que en la actualidad existen mayores restricciones de estos, so pretexto de posibilitar la defensa de los intereses colectivos y, con ello, la seguridad ciudadana, lo cual puede ser un retroceso a las garantías del Estado social. Si lo que se analiza es la defensa de los intereses *erga omnes* frente a las amenazas que afectan la seguridad de las mayorías, puede argumentarse que las normas internacionales han avanzado considerablemente.

Así las cosas, resolver el interrogante propuesto no es un asunto pacífico. En aras de profundizar el análisis, se enfocará el interés a la lucha contra la criminalidad organizada como flagelo.

Combatir la criminalidad de gran escala, ha motivado a la comunidad internacional a adoptar instrumentos legales encaminados a prevenir y sancionar las conductas criminales organizadas. Dichos instrumentos internacionales han incidido en los ordenamientos jurídicos internos, los cuales han tenido que impulsar reformas para incorporar recomendaciones al respecto.

.....
19 Las Potencias del Eje fueron Alemania, Italia y Japón.

Avances en materia de derecho internacional

Es innegable que la persecución de la criminalidad organizada —en particular, del terrorismo— ha tenido como punto de inflexión los acontecimientos sucedidos en el World Trade Center de Nueva York y en el Pentágono, el fatídico 11 de septiembre de 2001. Desde ese momento se potenciaron las normas internacionales para combatir el fenómeno criminal de efectos globales y fortalecieron medidas restrictivas de derechos y garantías. Lo anterior, con el fin de posibilitar una efectiva protección de los intereses ciudadanos, en lo que empezó a denominarse como seguridad ciudadana en el marco de las políticas democráticas.

A todo ello se suman las recomendaciones internacionales contenidas en la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional, suscrita en Palermo en 2000 y los documentos internacionales especializados. Entre estos últimos, se encuentran el Reglamento modelo de la Comisión interamericana para el control del abuso de drogas (Cicad), la Ley modelo sobre blanqueo, decomiso y cooperación internacional en lo relativo al producto del delito, diseñado por la Oficina de fiscalización de drogas y prevención del delito de las Naciones Unidas, el Manual de apoyo para la tipificación del delito de lavado de la Cicad, la Directiva del Consejo de Europa contra el blanqueo de capitales y las Cuarenta recomendaciones del grupo de Acción Financiera Internacional, entre otros.

Muchas de las medidas procesales se han encaminado a combatir de forma eficaz la criminalidad organizada con elementos investigativos y de persecución del delito, pero han desembocado en eventos problemáticos con los límites constitucionales. Por ejemplo, los derechos de presunción de inocencia, el secreto de las comunicaciones y el derecho de contradicción han sido replanteados en cuanto a su alcance y fundamentación, no solo por las normas procesales, sino por la interpretación de la Corte Constitucional colombiana. La institución del sistema penal acusatorio en el país ha posibilitado la adopción de nuevas medidas en la lucha contra la macrocriminalidad y la criminalidad organizada, que se han ajustado a los requerimientos internacionales formulados con tal propósito.

Entre las medidas procesales en la lucha contra la criminalidad organizada pueden señalarse la implementación de técnicas de indagación bajo un riguroso control judicial, el fortalecimiento de las investigaciones financieras y patrimoniales sobre entramados económicos de los grupos criminales y el refuerzo de los

mecanismos de protección de víctimas, testigos e intervinientes en los procesos penales.

En el ámbito internacional, debe destacarse el robustecimiento de los instrumentos de cooperación y asistencia judicial destinados a combatir la delincuencia organizada como fenómeno global. Los avances más significativos se vienen presentando en la entrega de detenidos y condenados y en la creación de órganos judiciales especializados en la lucha contra el crimen organizado; en este ámbito, el ejemplo viene dado por la orden europea de detención y entrega.

Formular un concepto de criminalidad organizada no es un asunto sencillo, bien por la complejidad que aparejan estas conductas o por las diversas normativas existentes en buena parte de países. En este punto, es fundamental analizar los criterios que han sido tenidos en cuenta por los Estados y por las organizaciones internacionales a las que se les ha encomendado la misión de luchar contra ella.

El Artículo 2 de la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional contiene una definición de “grupo delictivo organizado”: se trata de un colectivo de tres o más personas, estructurado en forma no aleatoria, mas no necesariamente jerárquica; su existencia debe ser durable en lugar de instantánea; debe cometer delitos graves, es decir, aquellos cuya pena sea de al menos cuatro años; debe tener un fin económico lucrativo, aunque puede ser simplemente material como ocurre con los grupos terroristas que financian sus actividades con una gran diversidad de delitos.

La Convención permite que la penalización sea por la vía de “conspiración”, de “participación en un grupo delincuencial organizado” o ambas. Reconoce que la delincuencia organizada se alimenta de la protección interna —basada en el secreto— y la protección externa —basada en el trípode violencia-corrupción-obstrucción a la justicia—.

La lucha contra estas manifestaciones delictivas interesa no solo a los Estados directamente afectados por estas, sino además a los países que sufren sus efectos. Por eso, las instancias internacionales han venido adoptando instrumentos legales y técnicos para combatirlas. La actividad en este ámbito es liderada por la Organización de Naciones Unidas mediante sus convenciones, recomendaciones, declaraciones y estrategias globales, como se evidenció en la Convención de Palermo de 2000.

La actividad que despliegan la Unión Europea y el Consejo de Europa merece especial análisis, dada la amplitud de medidas implementadas para fortalecer las políticas existentes en los países miembros en materia de lucha contra el delito organizado y su unificación en el ámbito europeo.

No obstante, la cooperación internacional es uno de los principales mecanismos existentes en la lucha contra la criminalidad organizada tanto en aspectos judiciales y policiales como en el desarrollo de iniciativas normativas sustantivas y procesales. El compromiso de los Estados es doble: por una parte, optimizar los instrumentos en este campo y, por otro, adoptar y ratificar las reglas y disposiciones propuestas en el ámbito internacional por las organizaciones supranacionales.

Si las medidas instauradas son unilaterales o adoptadas por pocos países, carecerán de eficacia; por ello, es necesario un consenso internacional y un compromiso político para poner en marcha estrategias de prevención, persecución y sanción de los delitos de la criminalidad organizada.

El trabajo de las Naciones Unidas en este campo ha sido importante. Sus permanentes inquietudes frente a los temas vinculados con la criminalidad organizada se remontan a 1975, en particular al Congreso de Naciones Unidas celebrado en Ginebra sobre la prevención del crimen y el tratamiento de los delincuentes. En él se abordó el fenómeno criminal organizado como un riesgo permanente para las libertades y los derechos fundamentales.

A partir de este momento se han celebrado varios encuentros internacionales, con el fin de formular recomendaciones para el tratamiento de este tipo de delitos. La Conferencia Interministerial de 1994 sobre el crimen organizado transnacional, celebrada en Nápoles con 142 países, aceptó por unanimidad la Declaración Política de Nápoles y el Plan de acción mundial contra la delincuencia transnacional organizada (E/CONF 88L4), aprobados por la Asamblea General mediante Resolución 49/159 de 23 de diciembre de 1994 (Sánchez, 2005).

De las conclusiones formuladas por la Comisión de prevención del delito y justicia penal y el Centro para la Prevención Internacional del Crimen —dependiente de la Oficina para el control de drogas y prevención del crimen y responsable del Programa global de lucha contra el crimen transnacional y organizado— la ONU dedujo la necesidad de una Convención internacional relativa al crimen transnacional organizado, en 1998. Para ello se conformó un Comité especial *ad hoc* y desembocó en la Convention against Transnational Organized Crime, en Palermo,

•El derecho internacional a partir del concepto de seguridad colectiva•

en vigor desde el 12 de diciembre de 2000. La Convención fue aprobada por 124 países y cuenta con tres protocolos adicionales²⁰. Su aporte ha sido la promoción de instrumentos legislativos y administrativos de cooperación internacional para prevenir y sancionar con eficacia la delincuencia organizada transnacional.

Desde la aprobación de la Convención de Palermo, las Naciones Unidas han continuado trabajando en la promoción de acuerdos internacionales en este ámbito, en especial en materias como la lucha contra el tráfico de drogas, el blanqueo de capitales y el terrorismo, entre otros.

Las recomendaciones de los organismos internacionales se vienen desarrollando en dos frentes: por una parte, los medios de investigación criminal proactivos y encubiertos, caracterizados por la limitación de los derechos a la libertad personal y las diversas manifestaciones de la intimidad (inviolabilidad del domicilio, *habeas data* y secreto de las comunicaciones, entre otros).

La Convención de Naciones Unidas sobre crimen organizado de 2000 y la Convención contra la corrupción, de 2003, señalan que, en atención a los principios y las garantías fundamentales de los Estados, estos deben reconocer técnicas de investigación especiales, como la vigilancia electrónica y otras similares que posibiliten la prevención y persecución del crimen organizado.

La seguridad colectiva y la orden europea de detención y entrega

Jimeno (2005) afirma: “Allí donde la paz, la seguridad y la justicia, allí donde la democracia y el respeto a los derechos humanos sean valores tangibles y de cotidiana aplicación, allí también es Europa” (p. 122). Esta frase refleja un propósito regional que inspira valores comunes en un espacio transnacional y permite entender el concepto de la seguridad colectiva.

En la actualidad, el panorama internacional se ha complejizado, por cuenta de las constantes amenazas que se cristalizaron en Estados Unidos, primero con los atentados del 11 de septiembre de 2001 y después con múltiples sucesos en diversas regiones, como los recientes ataques en 2015 en Francia, que dejaron más de

.....
20 Dichos protocolos son: Protocolo para la prevención, supresión y punición del tráfico de personas, especialmente de mujeres y niños; Protocolo contra el contrabando de emigrantes por tierra, mar y aire; Protocolo contra la fabricación y tráfico ilícito de armas de fuego, sus partes y componentes y de municiones.

120 muertos y mostraron la necesidad de un programa unificado de seguridad que vele por los intereses de la región.

Bajo la advertencia constante de atentados y riesgos a la seguridad colectiva, es clave enfrentar desde todos los flancos las vulnerabilidades existentes.

Con este propósito, en 2002, todos los países miembros de la Unión Europea suscribieron la orden de detención y entrega (Consejo de la Unión Europea, 2002). Este mecanismo jurídico les facilita acelerar procesos de judicialización de personas que hayan cometido delitos graves en un país de la región y devolverlos al primer país, para que enfrenten a la justicia con rapidez y eficiencia administrativa. Esto quiere decir que una persona que ejecute un delito grave en un país de la Unión Europea, cuya residencia este en otro, será entregada al lugar en donde transgredió las leyes y afrontará la justicia pertinente de una forma rápida.

Con esta medida se reemplaza el anterior sistema de extradición, el cual podía tener cierta discrecionalidad respecto al reconocimiento de la petición. Con la nueva disposición se obliga a la autoridad judicial a reconocer y obedecer con agilidad en el proceso administrativo en un plazo definido. Tiene cuatro ámbitos de aplicación:

1. Cuando se realicen hechos para los que la ley del Estado miembro emisor señale una pena de al menos doce meses o cuando la reclamación sea para el cumplimiento de la condena no inferior a cuatro meses.
2. La entrega se hará mediante una orden de detención en las condiciones que determina la decisión marco y sin necesidad de una doble tipificación de los hechos.
3. El Consejo podrá añadir otras categorías de delito a la lista principal incluida en el instrumento.
4. Si el delito por el que se requiere a la persona no está mencionado, la entrega dependerá de la tipificación en el derecho del Estado miembro que ejecutará la pena (Consejo de la Unión Europea, 2002).

Con esta estrategia se permite al Estado emisor hacer un enjuiciamiento penal y privar de libertad a personas que hayan cometido un delito grave, sin olvidar que la orden de detención y entrega es un procedimiento de naturaleza judicial y que el concepto que se tome en caso de un juicio debe comprenderse a la luz de los modelos de instrucción penal en cada uno de los Estados miembros (Jimeno, 2005).

A modo de cierre, se puede aseverar que se ha presentado una evolución normativa sustancial en los mecanismos jurídicos encaminados a garantizar la defensa de los intereses colectivos. Lo anterior supone afirmar que el concepto de seguridad colectiva ha impulsado a que la mayoría de los países asuman estrategias comunes encaminadas a combatir los flagelos que ponen en peligro los derechos fundamentales y la salvaguarda colectiva, esto es, la adopción de iguales mecanismos en materia de lucha contra la criminalidad organizada en general y el terrorismo y narcotráfico en particular, como lo demuestra la orden de detención y entrega europea.

Por tanto, la mayoría de países de la región posee marcos normativos e instrumentos homogéneos en la defensa de los intereses nacionales, lo que supone un avance considerable en el ámbito del derecho internacional. No obstante, no podemos dejar de sostener que ello ha supuesto claras restricciones a los derechos fundamentales particulares: los individuos se encuentran directamente afectados en su intimidad, locomoción e incluso libre desarrollo de la personalidad por la adopción de medidas restrictivas de sus garantías básicas. Por tal razón, el balance nos conduce a deducir que los derechos individuales han tenido que ceder en aras de posibilitar la seguridad colectiva, la prevención y la defensa nacional. Esto no puede considerarse como una evolución, sino como una dura realidad que afecta al mundo, a consecuencia del fenómeno criminal y de las amenazas que se derivan de la existencia de organizaciones ilegales que pueden generar resultados nocivos reflejados en el estado actual del derecho internacional del siglo XXI.

TEORÍA Y PRÁCTICA DE LA ACCIÓN AFIRMATIVA: EL CASO DE LA POBLACIÓN AFRODESCENDIENTE EN COLOMBIA

Establecer el desarrollo y el impacto de la acción afirmativa como medida compensatoria, distributiva y de utilidad social, tendiente a subsanar la situación de desventaja en la que se encuentran algunos grupos sociales, es un paso necesario para la comprensión del fenómeno del conflicto armado interno y su consecuente vulneración de derechos humanos sobre grupos poblacionales específicos y sobre toda la sociedad colombiana.

Al ser extendida a otros ámbitos (educación, empleo, representación pública, salud y vivienda) y contextos sociopolíticos, la acción afirmativa —que inicialmente buscó superar la discriminación racial en el ámbito laboral de los Estados Unidos— comporta una profunda reflexión sobre los criterios de mérito y equidad que promueve el Estado para lograr una justa distribución de algunos bienes sociales. La implementación de acciones afirmativas en países como Brasil o Colombia, caracterizados por su gran diversidad étnica, plantea nuevos desafíos para reducir la inequidad.

La noción de acción afirmativa aplicada a la política tuvo origen en Estados Unidos, asociada con el ámbito laboral y con la figura de John F. Kennedy quien, mediante Acto Ejecutivo 10925, en 1961 exigió a los contratistas federales ejecutar actos positivos para garantizar un trato que no discriminara a los trabajadores por raza, color, credo o nacionalidad de origen (Presidencia de la República, 1961). En 1965, con la Orden Ejecutiva 11246, el presidente Lyndon Johnson

prohibió la discriminación laboral por las características señaladas y en 1967 incluyó la no discriminación laboral por razones de género como medida afirmativa hacia las mujeres (Presidencia de la República, 1965).

Aplicada a derechos como la educación superior, la salud, la vivienda y la protección social, la acción afirmativa apunta a compensar grupos históricamente discriminados y rezagados frente al goce efectivo de derechos fundamentales y a incrementar la participación política de grupos minoritarios. Aunque tal acción tiene detractores, el criterio de promoción de normas distintas para la evaluación de grupos diferentes de personas se manifiesta desde tiempos aristotélicos y es en el ámbito educativo y de asignación de cargos públicos en donde más ha generado controversia.

Justificación teórica de la acción afirmativa

La aplicación de acciones afirmativas ha ocasionado dilemas nada triviales; empero, hay senda jurisprudencia de altos tribunales de África, América y Europa que respalda la noción como mecanismo para corregir el rezago laboral y educativo en el que se encuentran grupos históricamente excluidos.

Al respecto, es importante el análisis adelantado por Jane Hodges-Aeberhard (1999), quien revisó la jurisprudencia internacional producida hasta 1999 y encontró que, si bien imperaba cierto acuerdo acerca del concepto, no había sido posible establecer principios, criterios o normas comunes para valorar la implementación de la medida. No podía ser de otra forma, dado que la acción afirmativa rebasa la idea de igualdad de oportunidades, instalada de manera formal en la mayoría de ordenamientos jurídicos, por la de igualdad de resultados; según algunos economistas, esto constriñe la dinámica natural de los sistemas sociales con imperfecciones como el desarrollo diferencial en grupos excluidos y discriminados.

La necesidad de equilibrar resultados en grupos discriminados justifica la compensación y, en consonancia, la extensión de la teoría de la justicia de la víctima individual al grupo. Tal extensión ha sido demandada al aplicarse a personas y procesos concretos y se exige a los altos tribunales la ponderación de principios en la práctica.

Un ámbito concreto es el relacionado con las medidas compensatorias en la asignación de cupos y becas en universidades públicas. Estados Unidos y Colombia reportan casos de aplicación de acciones afirmativas en el proceso de selección o asignación de cupos en universidades en donde la condición de pertenecer a un grupo minoritario se puede privilegiar sobre un mejor desempeño en las pruebas académicas de ingreso.

Este hecho es percibido como injusto por parte del candidato que conforma un colectivo más favorecido y tiene mejor desempeño académico, pero no accede fácilmente a una beca en una universidad pública. Los defensores de la medida señalan que es menos probable encontrar un aspirante que provenga de sectores marginados, escuelas pobres y entorno familiar poco favorable, debido al hecho de haber crecido en un ambiente no apacible para cultivar valores positivos hacia el estudio, el progreso y la excelencia. Para hacer más clara la situación, se describen a continuación algunos casos.

Los programas especiales de admisión universitaria

En Colombia, de manera autónoma, algunas universidades han desarrollado sistemas de cupos para minorías étnicas —comunidades afrodescendientes, indígenas y pueblos rom— (Yeimy, 2010). Desde 1983, la Universidad de Antioquia ha implementado procesos de admisiones especiales para aspirantes provenientes de comunidades negras, indígenas y raizales (García, 2007)²¹. El programa se complementa con un desarrollo reglamentario que parte de la precisa definición de los destinatarios de la acción afirmativa.

La Universidad de Antioquia define como aspirante afrodescendiente al miembro de una comunidad negra que, según lo señalado en la Ley 70 de 1993, es el conjunto de familias de ascendencia afrocolombiana que poseen una cultura propia, comparten una historia, tienen sus tradiciones y costumbres dentro de la relación campo-poblado y revelan y conservan conciencia de identidad que las distinguen de otros grupos étnicos. De la misma manera, de acuerdo con el Decreto 2164 del 7 de diciembre de 1995, entiende por indígena al miembro de

.....
21 El Consejo Académico de la Universidad de Antioquia, mediante el Acuerdo 236 del 30 de octubre de 2002, asignó dos cupos adicionales por programa para los aspirantes miembros de las comunidades negras colombianas y de los raizales del departamento de San Andrés, Providencia y Santa Catalina y dos cupos adicionales para los pertenecientes a las comunidades indígenas.

una comunidad o parcialidad indígena, que es el grupo o conjunto de familias de ascendencia amerindia que tiene conciencia de identidad, comparte valores, rasgos, usos o costumbres de su cultura, así como formas de gobierno, gestión, control social o sistemas normativos que lo distinguen de otras comunidades, tengan o no títulos de propiedad o que no puedan acreditarlos legalmente o que sus resguardos hubieran sido fueron disueltos, divididos o declarados vacantes.

Además de caracterizar a sus destinatarios, el programa especial de admisiones indica la forma en la cual cada aspirante debe certificar su pertenencia a la minoría o al grupo étnico. Los raizales de San Andrés, Providencia y Santa Catalina deberán ser presentados por las organizaciones que los representan en el mismo departamento. Las organizaciones de comunidades negras y las organizaciones de raizales competentes para presentar aspirantes a la admisión especial para grupos étnicos son aquellas con personería jurídica que hayan sido reconocidas y registradas en la División de asuntos para comunidades negras del Ministerio del Interior. El requisito para ser reconocido como aspirante indígena es el aval del cabildo, su equivalente o una asociación de autoridades tradicionales indígenas. El cabildo indígena:

Es una entidad pública especial, cuyos integrantes son miembros de una comunidad indígena, elegidos y reconocidos por ésta, con una organización sociopolítica tradicional, cuya función es representar legalmente a la comunidad, ejercer la autoridad y realizar actividades que le atribuyen las leyes, sus usos, costumbres, y el reglamento interno de cada comunidad (Presidencia de la República, 1995, art. 2).

Con esto la reglamentación no se agota, pues deben definirse criterios para la inscripción y la selección. En el caso de la Universidad de Antioquia, los aspirantes de las comunidades negras y de las comunidades indígenas deberán presentar las pruebas de ingreso; quienes no sean admitidos por el límite de cupos en el programa elegido, competirán por los dos cupos adicionales y serán admitidos los que obtengan los mayores puntajes estandarizados, no inferiores a 40 puntos.

La Universidad del Valle, mediante Resolución 097 del 16 de octubre de 2003, implementó un programa denominado Condición de excepción comunidades afrocolombianas para el ingreso a los programas académicos de pregrado. La Universidad asignó un 4 % de los cupos establecidos para cada programa académico y desarrolló la reglamentación relativa al proceso de inscripción y

selección. El aspirante debe acreditar el puntaje mínimo que el programa académico al que desea inscribirse haya fijado y queda exonerado de presentar pruebas adicionales de carácter académico sobre áreas ya evaluadas por el examen de Estado; además, debe cumplir con los requisitos establecidos por la Universidad en cuanto a puntajes mínimos de inscripción y evidenciar dominio de las habilidades específicas que requiera el programa.

En ejercicio de su autonomía universitaria, entre 1993 y 2001, la Universidad Industrial de Santander adelantó un programa de admisión especial para aspirantes pertenecientes a comunidades indígenas, los eximía del pago de derechos de inscripción y, en caso de ser admitidos, les cobraba la matrícula mínima establecida por la Universidad; empero, en consideración del principio de igualdad y de no discriminación, mediante Acuerdo 088 de 2001, el Consejo Superior de la Universidad dejó sin efecto este sistema de cupo especial.

La situación no termina allí. Más adelante, el Estado colombiano emitió la Ley 1084 de agosto de 2006, tendiente a favorecer el acceso a la educación superior para grupos ubicados en zonas apartadas y de difícil acceso. Con ella, conmina a las instituciones de educación superior de carácter público y privado a otorgar un 1 % de sus cupos a los bachilleres de los departamentos donde no hay instituciones de educación superior y otro 1 % a los aspirantes que provengan de municipios de difícil acceso o con problemas de orden público. Para la selección de los cupos se atiende a un sistema especial reglamentado por cada universidad.

En ejercicio de la Ley 1084 de 2006, la Universidad Industrial de Santander, mediante Acuerdo 229 del 19 de agosto de 2008, reglamentó las admisiones especiales y autorizó la reserva de un cupo por carrera y por año para los aspirantes que procedan de municipios de difícil acceso o con problemas de orden público. Definió que los aspirantes a tales cupos debían inscribirse en la Universidad en las fechas establecidas, cumplir los requisitos exigidos por la institución, obtener un puntaje en el examen de Estado de un 80 % del puntaje de corte del proceso de admisión del programa al cual se inscribió y solicitar la aplicación del Acuerdo 229 en la Dirección de admisiones y registro académico dentro de las fechas establecidas por la Universidad y presentar certificado de vecindad expedido por la autoridad local competente. En el año 2008, once aspirantes pertenecientes a comunidades indígenas fueron habilitados por las autoridades del resguardo indígena Inga de Aponte, parcialidad Zipazgo Inga-Chibcha-Guanentá

de Bucaramanga para ingresar a los estudios de pregrado del primer período de 2009 en los cupos especiales para estudiantes pertenecientes a comunidades indígenas. Ante la negación del cupo, con referencia en la Ley General de Educación y la Ley 21 de 1991, el resguardo demandó el goce efectivo del derecho a la educación gratuita para comunidades indígenas, el cual fue negado en primera y segunda instancia y finalmente tutelado por la Corte Constitucional mediante Sentencia T-110 del 16 de febrero de 2010.

Si bien el propósito fundamental de la investigación reportada es analizar la ejecución de acciones afirmativas para comunidades afrodescendientes, el caso de la Universidad Industrial de Santander es relevante, pues hizo evidente un asunto que ha sido objeto de legislación con enunciados jurídicos propositivos, sin haber sido reglamentado ni desarrollado como política pública. Ni siquiera las universidades públicas tienen que aplicar, por fuerza de ley, acciones concretas de afirmación o de reparación para las comunidades negras, indígenas y pueblos rom. En consonancia, la Corte Constitucional motivó la Sentencia T-110 de 2010 con fundamento en principios y no en normas.

En las dos primeras instancias, las decisiones también se basaron en principios: el de la autonomía universitaria y el de la igualdad; mientras, la instancia de cierre ponderó la justicia y la proporcionalidad. La Corte Constitucional (2010) parte del siguiente razonamiento: “Si las universidades dan un paso para remediar desigualdades reales, no pueden dar marcha atrás sin poner ningún equivalente funcional en su lugar, a menos que lo justifiquen de forma suficiente” (p. 1). Con este razonamiento, la Corte encontró que la Universidad Industrial de Santander interfería en derechos fundamentales de los tutelantes por ser miembros de una comunidad indígena, sin justificar de forma suficiente tal decisión.

Este suceso fue debatido en los círculos académicos nacionales.

La filosofía política y la filosofía del derecho ofrecen concepciones para el análisis de la justicia y la igualdad y, según la concepción adoptada, se encuentran justificaciones y objeciones frente a los programas especiales de admisión universitaria legitimándolos, en el primer caso o deslegitimándolos en el segundo (Aguirre, 2008).

Impacto de la acción afirmativa

En el escenario internacional, el debate conceptual ha sido más prolífico. Señalada como medida que enmascara el efecto, pero no supera de raíz las barreras que por décadas han enfrentado los grupos minoritarios, la acción afirmativa en el ámbito de la educación superior ha sido cuestionada en su capacidad resolutive. Una medida orientada a elevar la calidad de la infraestructura, los medios educativos, el cuerpo docente y el currículo de las escuelas ubicadas en zonas pobres habitadas mayoritariamente por grupos étnicos segregados, acompañada del desarrollo de infraestructura y programas que favorezcan el bienestar de las familias, repercutiría en un entorno favorable para acceder a la educación universitaria y a formación avanzada.

Un estudio sobre el impacto de las acciones afirmativas adelantado por Thomas Sowell (2003)²² en India, Malasia, Nigeria y Estados Unidos concluyó que las políticas afirmativas habían tenido un impacto insignificante en los grupos a quienes estaban dirigidas e incluso contribuían a polarizar la sociedad.

Asimismo, después de describir las tres razones más frecuentes a favor de las acciones afirmativas en los programas de ingreso a la universidad —corregir las brechas en los exámenes, compensar injusticias del pasado y promover la diversidad—, Michael Sandel (2011) exhorta a un análisis más profundo, relativo a las concepciones de justicia que enmarcan tales razonamientos y la conveniencia de usar estrategias de compensación a grupos determinados en contextos diferentes.

En lugares geográficos y contextos diferentes hay puntos de vista coincidentes, tanto a favor como en contra de la acción afirmativa. En la misma línea de Thomas Sowell, en Colombia, Daniel Mera Villamizar (2011) no ha criticado la medida, sino su impacto real para que las personas en situación de pobreza y exclusión alcancen el bienestar o, por lo menos, gocen efectivamente de los derechos fundamentales. Para comprender los planteamientos de Sowell y Mera, es necesario recordar que la acción afirmativa o acción positiva, como se le conoce en Europa, tiene origen en el ámbito de la administración pública, ligada al poder presidencialista y con carácter activo. Esto quiere decir que es una política que

.....
22 Doctor en economía de la Universidad de Chicago, vinculado a la Universidad de Stanford, ha criticado duramente la acción afirmativa. En 2003, año en el que esta medida fue examinada por la Corte Suprema de los Estados Unidos, se refirió a ella como un gran fraude y señaló que, si bien la medida ha servido a negros millonarios, poco o nada ha hecho por los que están en el gueto (Sowell, 2003).

conlleve a la acción del Ejecutivo, por lo que también se asimila a una política intervencionista.

La aptitud de la acción afirmativa para reducir desigualdades está relacionada con el ámbito de aplicación. En Colombia, la desigualdad supera un 60 % y hay un porcentaje significativo de la población en condición de extrema pobreza. Esta situación, que se agudiza a causa del conflicto armado en curso y del desplazamiento forzado de millones de personas, sumada a la vulnerabilidad de la población afrodescendiente, requiere que las acciones afirmativas estén acompañadas de políticas que apoyen la resolución de los problemas desde sus causas.

En Estados Unidos, el menor grado de bienestar alcanzado por grupos minoritarios se originó en la discriminación racial. Hoy en día, la discriminación es un delito y, por lo tanto, las políticas buscan reparar la discriminación pasada, superar el impacto negativo que esta generó sobre el bienestar y el desarrollo desigual de los individuos pertenecientes al grupo discriminado y acelerar e igualar indicadores de bienestar. Todo ello se consigue con ambientes amigables para el acceso a los bienes sociales y a la competencia de los grupos en desventaja. Para la población afrodescendiente, Colombia presenta un contexto dramáticamente distinto, pues tanto los factores de vulnerabilidad como de exclusión están latentes y siguen actuando.

En Estados Unidos, la acción afirmativa se afincó en el ámbito del empleo y de la educación como medida de compensación a grupos discriminados a causa de su raza. En Europa se ha dirigido a compensar discriminación laboral en razón del sexo. El Artículo 119 del Tratado de Roma establece una retribución igual para el hombre y la mujer por una misma labor como principio para superar el problema de la discriminación sexual en el trabajo. En desarrollo de este principio, la Directiva 75/117/CEE instituyó que cuando la clasificación profesional es la base para la remuneración, debe aplicarse igualdad de criterios. En forma paralela, los Estados de la Comunidad promueven acciones positivas para alcanzar equidad en oportunidades de empleo, aunque la discriminación positiva a favor de la mujer también ha encontrado críticos (Comisión de las Comunidades Europeas, 1981). Es de referencia el caso de Eckhard Kalanke contra la municipalidad de Bremen,

que fue juzgado por el Tribunal Europeo de Justicia después de hacer curso en el Tribunal de Casación alemán²³.

En Brasil, por su parte, se ha indicado que las acciones afirmativas en el acceso a la educación superior han resultado favorables. Desde 2003, algunas universidades públicas comenzaron a reservar un porcentaje de sus puestos a los estudiantes afrodescendientes y les permiten ingresar con resultados inferiores en el examen de admisión; esto, a partir de indicaciones jurídicas. Con datos etnográficos, Cicalo (2012; 2013) demostró que entre 2007 y 2008 en la Universidad del estado de Río de Janeiro, la cuota fijada por la acción afirmativa ha sido una forma de diversificar los espacios de la Universidad y de aumentar posibilidades de movilidad social para las clases más pobres.

Aparecida (2008) considera que el caso de Brasil es interesante porque el tema de los cupos no implica un asunto de datos en términos del desempeño, sino que aporta al reconocimiento de una política multicultural y valora la riqueza cultural que debe ser promovida en los espacios de difusión y producción del conocimiento.

Almeida (2011), en su investigación sobre la Universidad Federal de Rio Grande do Sul, ha demostrado que la discriminación positiva restablece los vínculos entre la Universidad y la sociedad y, por tanto, propicia cercanía con la realidad social y política, así como prácticas de diálogo en las comunidades que valoran el saber académico.

Lo que se intenta sostener es que la diversidad social promovida por cuotas hace hincapié en ciertas tensiones urbanas y dinámicas desiguales que vienen a reflejarse dentro de la Universidad. Sin embargo, la discriminación positiva revela caminos efectivos.

La Corte Constitucional ha identificado como factores de vulnerabilidad de las comunidades negras:

1. La exclusión estructural de la que es víctima.

.....
23 El caso tiene origen en la aplicación del Artículo 4 de la Ley del Land de Bremen relativa a la igualdad de trato entre hombres y mujeres en la función pública (Landesgleichstellungsgesetz), del 20 de noviembre de 1990. Establece preferencia hacia la mujer en la provisión de cargos o en la promoción cuando estas se encuentren infrarrepresentadas, siempre y cuando cuenten con la misma capacitación que los aspirantes masculinos. La aplicación automática en esta Ley depende de la existencia de infrarrepresentación, que se evidencia cuando ellas no cubren al menos la mitad de los puestos.

2. Los territorios donde tradicionalmente se han asentado las comunidades negras son requeridos para la implementación de proyectos de minería.
3. Existen deficiencias en la protección institucional a los territorios colectivos (Rodríguez, Orduz y Berrío, 2010).

En otras palabras, la vulnerabilidad y la exclusión no son solo impulsadas por la discriminación, sino por otros delitos estructurales que afectan el territorio nacional: el despojo de tierras, la explotación de la mano de obra en las zonas rurales, la minería ilegal y el desplazamiento, entre otros. Tal situación exige el diseño y la implementación de medidas estructurales, como lo ha expresado la Corte Constitucional (2009) respecto a población afrodescendiente desplazada.

Si la situación de las comunidades negras está determinada por el territorio, las estrategias diseñadas para las zonas de difícil acceso no podrían ser las mismas que aquellas para la población afro que habita las grandes ciudades. Todo lo anterior indica la necesidad de un análisis más amplio de la acción afirmativa y su impacto en el bienestar de las poblaciones afrodescendiente, raizal, indígena y rom de Colombia.

Como cierre de este acápite, la aplicación de una acción afirmativa comporta el análisis racional y razonable del mérito individual y la igualdad, con miras a mantener un sano equilibrio. En tanto política del resorte de la Administración pública, la acción afirmativa se ha consolidado en varios países y ámbitos; empero, su aplicación no está normalizada. Su eficacia demanda la ponderación de principios como el de la justicia y la igualdad; por ello, su desarrollo como noción jurídica ha ocurrido en instancias de altos tribunales y de jueces.

En Colombia está todo por hacer en lo que se refiere a acciones afirmativas que procuren bienestar a la población negra, los afrodescendientes que no están vinculados a comunidades negras, los indígenas y los pueblos rom.

La situación política, económica y social de Colombia no permite hablar de una sola forma de discriminación, por lo que es preciso pensar que cada región, población y contexto tienen necesidades no homogéneas que se deben tener en cuenta para la implementación y efectividad de la política pública.

Desde la Constitución de 1991, el Estado colombiano promulgó una identidad nacional pluriétnica y multicultural. Con ello se intentó incluir a los grupos

poblacionales desprotegidos y vincularlos a una idea de otredad que estuvo siempre latente en el país.

Sin embargo, como lo afirma Esguerra y Bello (2014) el Estado colombiano ha ordenado sus políticas en torno a grupos poblacionales como mujeres, jóvenes, adultos mayores, y afrodescendientes, entre otros grupos; no obstante, dicha política de inclusión no da cuenta del reconocimiento de las diferencias históricas ni del problema estructural de desigualdad o de acumulación de esta.

Las políticas públicas en Colombia que apuntan a favorecer una discriminación positiva no tienen en cuenta la heterogeneidad de la población y tampoco las desventajas históricas y sociales de las mujeres, los afrodescendientes y los indígenas.

Una política de discriminación positiva en términos educativos requiere considerar que no solo se trata de incorporación de las minorías, sino que estas puedan ejercer sus derechos con la garantía de un esfuerzo por cerrar la brecha histórica de desigualdad que se manifiesta en el acceso a recursos de todo tipo.

PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE SOBERANÍA: TRIBUNALES COMPETENTES EN EL LITIGIO DEL CASO COSTA RICA-NICARAGUA

Los conflictos geopolíticos, en especial los relacionados con las fronteras nacionales, siempre resultan controversiales y complejos, en tanto los Estados nacionales buscan la defensa de sus fronteras. Tal protección se relaciona con los valores más arraigados de la soberanía nacional y, por eso, una negociación siempre remite a relaciones históricas en las que las dinámicas del poder fluctúan de forma impredecible.

La soberanía es el discurso que sostiene la legitimidad de la protección fronteriza; sin embargo, son múltiples las disputas por aspectos geopolíticos que obligan a los Gobiernos a actuar de manera contundente con las herramientas que ofrece el derecho internacional para dirimir conflictos de naturaleza fronteriza y evitar la amenaza latente de enfrentamientos bélicos. En palabras de Carl Schmitt (2009), el enemigo externo pone en riesgo los intereses de un Estado, lo que propicia la disposición al enfrentamiento cuando no se cuenta con mecanismos de solución de conflictos.

Desde la segunda mitad del siglo XX, el respeto hacia la comunidad internacional y sus tratados internacionales ha puesto límites a la radicalización de los conflictos entre Naciones, por medio de tribunales como la Corte Internacional de Justicia, principal órgano de las Naciones Unidas encargado de dirimir tales asuntos y evitar desenlaces bélicos.

A la Corte Internacional de Justicia pueden recurrir todos los miembros de las Naciones Unidas. Su jurisdicción se extiende a todos los litigios que los Estados sometan y a todos los asuntos previstos en la Carta de las Naciones Unidas o en tratados y convenciones vigentes. Así las cosas, esta es la instancia judicial que debe decidir conforme al derecho internacional las controversias jurídicas entre Estados y puede emitir opiniones consultivas sometidas por órganos o instituciones especializadas de la ONU²⁴.

El Artículo 38 del Estatuto de la Corte aplica las convenciones internacionales que establecen reglas reconocidas por los Estados litigantes, la costumbre internacional como prueba de una práctica general aceptada como ley y las decisiones judiciales y la doctrina de los autores más calificados de varios países, como medio subsidiario para la determinación de las reglas jurídicas²⁵.

Contexto del litigio entre Costa Rica y Nicaragua

Entre estos dos países centroamericanos ha existido un conflicto histórico por definir los límites del río San Juan, originado desde la misma Independencia. Se ha manejado por medio de tratados limítrofes, los cuales han sido objeto de controversia en varias ocasiones, por lo que el caso se llevó de nuevo a organismos internacionales.

La disputa por el río San Juan tiene como ingrediente adicional la gran riqueza de la región por sus amplias zonas boscosas y biodiversidad. Sumado a lo anterior:

El valor histórico deriva de su posición geoestratégica, la cual hizo del río San Juan el centro de atención de las grandes potencias durante por lo menos tres siglos, ya que es visto como una de las mejores rutas naturales transoceánicas en América (Quesada, 2014, p. 70).

24 De acuerdo con el Artículo 34 1, "Sólo los Estados podrán ser partes en casos ante la Corte". El Artículo 35 sostiene: "1. La Corte estará abierta a los Estados parte en este Estatuto". El Artículo 36.1 dispone: "La competencia de la Corte se extiende a todos los litigios que las partes le sometan y a todos los asuntos especialmente previstos en la Carta de las Naciones Unidas o en los tratados y convenciones vigentes".

25 La Corte Internacional de Justicia puede dirimir las controversias de orden jurídico que versen sobre: a) la interpretación de un tratado; b) cualquier cuestión de derecho internacional; c) la existencia de todo hecho que, si fuera establecido, constituiría violación de una obligación internacional, y d) la naturaleza o extensión de la reparación que ha de hacerse por el quebrantamiento de una obligación internacional. La competencia de la Corte se extiende a todos los litigios que las partes le sometan y a todos los asuntos previstos en la Carta de las Naciones Unidas o en los tratados y las convenciones vigentes.

La controversia está sustentada en una perspectiva de seguridad y soberanía, por cuenta de la desconfianza mutua respecto a los fines e intereses de la apropiación de los límites, ya sea por el tráfico en el área o por el acceso a recursos (López, 2012).

La disputa ante tribunales internacionales

Ambos países pueden acudir ante la Corte Internacional de Justicia, al ser miembros de las Naciones Unidas.

En efecto, Costa Rica puede presentar una denuncia contra Nicaragua en la Corte Internacional de Justicia y fundamentar su solicitud en una grave violación a la soberanía, pues la ocupación y el uso por parte del Ejército de Nicaragua del territorio de Costa Rica se entienden como una incursión. Ello supone la probable vulneración de los tratados obligacionales de Nicaragua hacia Costa Rica. Puede formular, además, una solicitud de medidas provisionales como la salida de todas las tropas de Nicaragua, la terminación de la construcción de un canal a través de Costa Rica y el cese inmediato del vertido de sedimentos en el territorio de Costa Rica y de otras acciones atentatorias contra los recursos naturales del área.

La demanda que adelante Costa Rica estaría encaminada a recobrar la soberanía, garantizar la defensa del territorio y la protección de los recursos naturales. Sin duda, en virtud del Artículo 36 de su Estatuto, la Corte Internacional de Justicia puede asumir la competencia en este caso, por tratarse de asuntos previstos en la Carta de las Naciones Unidas.

Otro argumento que puede referir Costa Rica en su demanda es la necesidad de que el máximo Tribunal se pronuncie sobre el conflicto para prevenir y luchar contra fenómenos que afectan a los Estados, como el narcotráfico, el tráfico de armas y otras manifestaciones del crimen en la frontera. Lo anterior, si Costa Rica estima como causa para alegar ante la Corte la presencia ilegítima del ejército nicaragüense en su territorio y su vinculación con hechos asociados con la delincuencia organizada.

Nicaragua, por su parte, puede presentar demanda de forma paralela ante la Corte Internacional de Justicia, con fundamento en que el Tribunal posibilite al país el aprovechamiento del caudal de las aguas del río San Juan, por considerar que el dragado es un derecho absoluto de Nicaragua y, por tanto, debe continuar

gozando de las atribuciones para hacerlo navegable y mantenerlo en condiciones óptimas. Asimismo, puede alegar que la presencia de tropas en zona fronteriza obedece a acciones legales, en el marco de competencias nacionales para combatir flagelos como el tráfico de drogas y armas. La defensa que ponga en marcha Nicaragua respecto a sus atribuciones en ese río y sus límites se puede basar en el Tratado de límites Cañas-Jerez (1858), sus instrumentos Laudo Cleveland y Laudo Alexander y en la decisión de la Corte Internacional de Justicia de 2009.

En el referido pronunciamiento, la Corte manifestó que Nicaragua tenía atribuciones sobre el río; por ello, se podría argüir que el país goza del derecho a hacer el dragado para recuperar su caudal histórico, lo cual redundaría en el beneficio de ambas Naciones. Acerca del conflicto de navegación entre Nicaragua y Costa Rica por el río San Juan, la Corte Internacional de Justicia (2009) confirmó el dominio de Managua sobre el importante caudal que desemboca en el Caribe. En la actualidad, la controversia se suscita por una extensión de tierra de unos 151 kilómetros cuadrados en el sector de la isla Calero.

Las acciones legales que adelanten los Estados ante la Corte Internacional de Justicia se encaminan a que el Tribunal se exprese en el marco de sus competencias en torno a la demarcación territorial con un amojonamiento y a la legalidad de la presencia de miembros del Ejército nicaragüense en la zona fronteriza. Esto supone un pronunciamiento sobre el territorio que ambos países reclaman como propio y que en parte ha sido ocupado por miembros de tal Ejército²⁶.

Las controversias relacionadas con la titularidad de la soberanía entre ambos países se particularizan en las acciones de dragado del río San Juan, sobre el que Nicaragua tiene soberanía conforme a un fallo del Tribunal de La Haya de julio de 2009 y Costa Rica tiene derechos a perpetuidad de libre navegación con fines de comercio, al amparo del Tratado Cañas-Jerez, de 1858.

26 La Corte Internacional de Justicia solo asume la competencia para conocer los casos cuando existen tres circunstancias: las partes llegan de común acuerdo y solicitan su intervención, que no es este el caso; los dos países han aceptado la competencia previamente por declaraciones unilaterales y por aplicación de un tratado.

Procedimiento ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos: inadmisibile para la confrontación entre el Estado de Nicaragua y Costa Rica

El 6 de febrero de 2006 se presentó el Estado de Nicaragua por medio de petición interestatal ante el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos, debido a un supuesto incumplimiento del Estado de Costa Rica de su deber de brindar protección de los derechos humanos a la población migrante nicaragüense bajo su jurisdicción (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2007a).

En especial, buscaba la salvaguarda de los derechos humanos con garantías judiciales, igualdad ante la ley y protección judicial en perjuicio de las siguientes víctimas: Natividad Canda Mairena, destrozado por dos perros Rottweiler el día 10 de noviembre de 2005; José Ariel Urbina Silva, asesinado en La Guácima de Alajuela, Costa Rica, el 4 de diciembre de 2005; José Antonio Martínez Urbina, herido de gravedad en el episodio en el que fue asesinado Urbina Silva, hospitalizado en la Sala de Cirugía de Varones del Hospital México, San José, Costa Rica; Francisco Angulo García, herido de gravedad en el mismo episodio en el que fue asesinado Urbina Silva hospitalizado en la Sala de Cirugía de Varones del Hospital de Alajuela; Rito Antonio Obando, herido a pedradas en el mismo episodio en el que fue asesinado Urbina Silva y Elder Angulo García, herido a pedradas en el mismo episodio en el que fue asesinado Urbina Silva, además de la población migrante nicaragüense en Costa Rica, en situación de vulnerabilidad.

Sin embargo, este caso no llegó más allá de un informe de inadmisibilidad de la Comisión Interamericana, porque no cumplió con el requisito del previo agotamiento de los mecanismos internos, aun cuando el Estado de Nicaragua alegó las excepciones a dicha regla previstas en el Artículo 46.2 de la Convención americana. Una de ellas, la imposibilidad de agotar los recursos internos por parte de las víctimas, debido al estado de indigencia en el que se encontraban, hecho que no logró demostrar, pues no aportó prueba alguna que permitiera a la Comisión determinar que esta excepción podía ser aplicada. También se desestimó el presunto retardo injustificado, por cuanto la Comisión halló que se habían adelantado investigaciones en relación con cuatro de las víctimas e incluso se identificaron los presuntos responsables de los hechos; por ende, al no existir prueba que amerite el retardo en los procesos judiciales, los recursos hasta ese momento activados son adecuados y efectivos para proteger la situación jurídica infringida.

La Comisión también determinó que no se evidenció la supuesta práctica sistemática de violaciones a los derechos humanos de los migrantes en Costa Rica, aunque advirtió que, de ser ciertas las alegaciones, los individuos sujetos a dicho patrón de transgresiones tendrían muy pocos o ningún medio interno para defenderse, lo que los convertiría en sujetos de especial protección.

Declarar responsabilidad internacional de un Estado parte de la Convención, por haber ejecutado o tolerado en su territorio una práctica sistemática de discriminación, implicaría para la Comisión una valoración de la prueba contundente que tenga en cuenta este extremo y que cree la convicción de la verdad de los hechos alegados.

Procedimiento ante el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas

El Consejo de Seguridad de Naciones Unidas tiene como competencia central mantener la paz y seguridad entre las Naciones. Para materializarla, puede tomar decisiones mediante resoluciones para obligar a los miembros, de acuerdo con lo estipulado por la Carta de las Naciones Unidas. En este sentido, el Consejo de Seguridad puede intervenir si el conflicto entre los dos países persiste y atenta o pone en peligro la paz o la seguridad de los Estados.

Esta función emana del Artículo 24 de la misma Carta, el cual dispone: “Los Estados miembros de las Naciones Unidas confieren al Consejo de Seguridad la responsabilidad primordial de mantener la paz mundial y la seguridad internacional”. Así las cosas, si el Consejo llega a conocer de este caso, la Corte Internacional de Justicia perdería la competencia.

En diciembre de 2015, la Corte Internacional de Justicia (2015) emitió un fallo en el que se expresó a favor de la soberanía de Costa Rica sobre el territorio en disputa; además, señaló la violación de la soberanía de ese país por parte de Nicaragua, mediante la presencia del Ejército en la zona limítrofe y la excavación de tres caños, por lo que obligó a Nicaragua a pagar una compensación por los daños causados.

DERECHO A LA EDUCACIÓN, OBLIGACIONES DEL ESTADO Y CONSTRUCCIÓN DE CIUDADANÍA²⁷

Este acápite analiza, de manera crítica, algunos aspectos esenciales del contenido del derecho a la educación y de su desarrollo en la política educativa pública del Estado colombiano. El trabajo se enmarca en la postura de la Unesco (2000), según la cual la educación es el único elemento que puede corregir el déficit humanitario, social y político de algunas sociedades contemporáneas.

Con el objetivo general de incrementar la capacidad del país para gestionar el conocimiento científico y tecnológico para mejorar la competitividad y contribuir a la transformación productiva del país, el Consejo Nacional de Política Económica y Social de la República de Colombia (2009) adopta el documento Conpes 3582, que introduce un elemento innovador: la definición de áreas de desarrollo estratégico para el mediano plazo, siendo la construcción de ciudadanía y la inclusión social una de ellas.

Construir ciudadanía para la inclusión social de los colombianos es posible, siempre que se diseñen e implementen estrategias y acciones que enlacen derechos humanos, política pública, educación y Estado de derecho. De cara a este nuevo contexto programático, es necesario revisar la pertinencia de los enfoques

27 Un primer borrador de este texto fue presentado para la Maestría de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario de la Facultad de Derecho de la Universidad Sergio Arboleda, escrito junto con Pablo William Roa Cárdenas.

que venía aplicando el Estado colombiano para la elaboración y evaluación de políticas educativas.

El Foro Latinoamericano de Políticas Educativas (Flape) trabaja en esta línea desde hace varios años y lidera un amplio movimiento social y de opinión en América Latina en relación con la educación como derecho fundamental.

La nueva escena política ubica los temas de cobertura, estándares, certificación y financiación en un segundo plano y da prioridad al seguimiento y al desarrollo de los elementos estructurales del derecho a la educación: asequibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y adaptabilidad. Para comprender el contenido y el alcance del derecho a la educación en la política pública del Estado colombiano, hemos de partir del análisis de los enunciados jurídicos explícitos en la Constitución Política de 1991, los tratados internacionales adoptados por Colombia, las leyes y la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

Naturaleza y alcance normativo del derecho a la educación

El derecho fundamental a la educación es proclamado en el Artículo 26 de la Declaración universal de derechos humanos, que dedica tres numerales a exponer su contenido normativo. Primero, indica que toda persona tiene derecho a la educación, que debe ser: 1) gratuita (al menos en lo concerniente a la instrucción elemental y fundamental; 2) obligatoria (instrucción elemental), y 3) generalizada (instrucción técnica y profesional). El acceso a los estudios superiores será igual para todos, en función de los méritos respectivos.

En segundo lugar, declara que la educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana y el fortalecimiento del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales; favorecerá la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las Naciones y todos los grupos étnicos o religiosos y promoverá el desarrollo de las actividades de las Naciones Unidas para el mantenimiento de la paz. Por último, reconoce a los padres el derecho preferente a escoger el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos. El Artículo 26 de la Declaración universal de derechos humanos tiene desarrollo en sendos instrumentos internacionales, suscritos y ratificados por Colombia. La Tabla 1 lista algunos de los más relevantes.

Tabla 1. Marco normativo internacional de derechos humanos que incorporan elementos del derecho a la educación

Instrumento	Artículos referidos al derecho a la educación
Declaración universal de los derechos humanos	Artículo 26
Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales	Artículos 13,14,15
Convención americana sobre derechos humanos o Pacto de San Salvador	Capítulo III
Convención sobre los derechos del niño	Artículos 28 y 29
Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer	Artículo 5
Convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial	Artículo 5
Convenio No. 69 de los pueblos indígenas y tribales en países independientes	Artículos 21, 22, 27 y 28.
Normas uniformes sobre la igualdad de oportunidades para la persona con discapacidad	

Fuente: elaboración propia

Los Artículos 13 y 14 del Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales definen las obligaciones del Estado frente a la realización del derecho a la educación, así como los fines y propósitos. Concreta los cuatro elementos estructurales del derecho a la educación: disponibilidad, acceso, calidad y permanencia (Motakef, 2007).

En el Artículo 13 del Protocolo de San Salvador se hace referencia al derecho de la educación y se enuncia que los Estados parte convienen en que la educación deberá orientarse hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana y del sentido de su dignidad y deberá fortalecer el respeto por los derechos humanos, el pluralismo ideológico, las libertades fundamentales, la justicia y la paz (Organización de Estados Americanos, 1988).

Política pública del Estado colombiano y realización del derecho a la educación

La política pública del Estado colombiano que concreta y define los mecanismos para garantizar la realización del derecho a la educación está enunciada en la Constitución Política de 1991 y en un conjunto amplio de sentencias de la Corte Constitucional, leyes, decretos, planes y programas. La Tabla 2 enumera algunas

de las leyes que definen o concretan los componentes del derecho a la educación en Colombia.

Tabla 2. Leyes que desarrollan el derecho a la educación en Colombia

Instrumento	Objeto
Ley 74 de 1968	Por la cual se aprueban los Pactos internacionales de derechos económicos, sociales y culturales, de derechos civiles y políticos, así como el Protocolo facultativo de este último, aprobados por la Asamblea General de las Naciones Unidas en votación unánime, en Nueva York, el 16 de diciembre de 1966.
Ley 115 de 1994	Por la cual se expide la Ley General de Educación.
Ley 715 de 2001	Por la cual se dictan normas orgánicas en materia de recursos y competencias de conformidad con los Artículos 151, 288, 356 y 357 (Acto Legislativo 01 de 2001) de la Constitución Política.
Ley 0749 de 2002	Por la cual se organiza el servicio público de la educación superior en las modalidades de formación técnica profesional y tecnológica y se dictan otras disposiciones.
Ley 1013 de 2006	Por la cual se modifica el Artículo 14 de la Ley 115 de 1994.
Ley 1295 de 2009	Por la cual se reglamenta la atención integral de los niños y las niñas de la primera infancia de los sectores clasificados como 1, 2 y 3 del Sisbén.
Ley 1297 de 2009	Por medio de la cual se regula lo atinente a los requisitos y procedimientos para ingresar al servicio educativo estatal en las zonas de difícil acceso, poblaciones especiales o áreas de formación técnica o deficitaria y se dictan otras disposiciones.
Ley 1324 de 2009	Por la cual se fijan parámetros y criterios para organizar el sistema de evaluación de resultados de la calidad de la educación, se dictan normas para el fomento de una cultura de la evaluación, en procura de facilitar la inspección y vigilancia del Estado y se transforma el Icfes.

Fuente: elaboración propia

Ahora bien, más allá de recordar que el derecho a la educación está contenido en el Artículo 67 del Capítulo II (consagrado a los derechos sociales, económicos y culturales) de la Constitución Política de Colombia, la educación en la Carta Magna es considerada derecho fundamental y servicio público con función social, del cual son responsables el Estado, la sociedad y la familia. Además,

dado que Colombia es un Estado social de derecho²⁸, la educación tiene una connotación especial.

Tabla 3. Jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana en temas de educación en cuanto derecho fundamental, función social y responsabilidad

Sentencia	Tema
Sentencia T-002 de 1992	Educación, derecho fundamental y función social.
Sentencia T-323 de 1994	Educación, derecho fundamental y disponibilidad.
Sentencia T-377 de 1995	Educación y Estado social de derecho.
Sentencia SU-624 de 1999	Educación y Estado social de derecho. La educación como servicio público.
Sentencia T-944 de 2000	La educación como derecho, deber y libre desarrollo de la personalidad.

Fuente: elaboración propia

En reiteradas ocasiones; la Corte Constitucional ha manifestado que la educación, en un Estado social de derecho, ha de propender porque cada uno de los actores del proceso educativo en especial los alumnos, se apropien e interioricen los principios fundamentales para la convivencia humana como la tolerancia, el respeto a la diversidad y la igualdad en la diferencia (Corte Constitucional, 1995).

Sobre la trascendencia de la educación, anota la Corte (1995) que la vulneración de este derecho implica la vulneración concomitante de otros derechos fundamentales, pues su desarrollo y materialización están en íntima relación con la dignidad misma de la persona y con sus derechos a la igualdad, a la intimidad, a la autonomía y al libre desarrollo de su personalidad e incluso con el derecho al debido proceso, en tanto esta es impartida en el seno de organizaciones especializadas regidas por la ley y por reglamentos específicos, que determinan los derechos y deberes de los miembros que conforman la comunidad académica.

Del mismo modo, la Corte Constitucional (2002) después de enunciar los criterios para identificar un derecho fundamental (ser derecho esencial de la persona, por reconocimiento expreso, ser de aplicación inmediata, poseer un plus en

28 El Artículo 1 de la Constitución Política proclama a Colombia como un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general.

su modificación y por su ubicación y denominación) y analizar el derecho a la educación al que se refiere la Carta Magna, responde a la pregunta sobre si es la educación un derecho fundamental.

La educación como derecho es declarada en el Artículo 67 de la Constitución Política de Colombia. La Sentencia T-002 de 1992 de la Corte Constitucional enlaza la noción de función social a la doctrina de León Duguit (1902) y la de derecho-deber al catedrático español Gregorio Peces-Barba (1988), quien al referirse a las obligaciones del titular de un derecho humano, anota que:

[...] el titular del derecho tiene al mismo tiempo una obligación respecto a esas conductas protegidas por el derecho fundamental. No se trata que frente al derecho del titular otra persona tenga un deber frente a ese derecho, sino que el mismo titular del derecho soporta la exigencia de un deber. Se trata de derechos valorados de una manera tan importante por la comunidad y por su ordenamiento jurídico que no se pueden abandonar a la autonomía de la voluntad, sino que el Estado establece deberes para todos, al mismo tiempo que les otorga facultades sobre ellos. El caso más claro de esta tercera forma de protección de los derechos económicos, sociales y culturales es el derecho a la educación correlativo de la enseñanza básica obligatoria (p. 209).

De aquí surge la tesis de la educación como derecho-deber que afecta a todos los que participan en el proceso, incluido el titular del derecho, quien tiene el deber de adquirir, al menos, la instrucción primaria. En el marco de los elementos hasta ahora presentados, se cita a continuación el texto completo del Artículo 67 de la Carta Magna:

- a. La educación es un derecho de la persona y un servicio público que tiene una función social; con ella se busca el acceso al conocimiento, a la ciencia, a la técnica, y a los demás bienes y valores de la cultura.
- b. La educación formará al colombiano en el respeto a los derechos humanos, a la paz y a la democracia; y en la práctica del trabajo y la recreación, para el mejoramiento cultural, científico, tecnológico y para la protección del ambiente.
- c. El Estado, la sociedad y la familia son responsables de la educación, que será obligatoria entre los cinco y los quince años de edad y que comprenderá como mínimo, un año de preescolar y nueve de educación básica.
- d. La educación será gratuita en las instituciones del Estado, sin perjuicio del cobro de derechos académicos a quienes puedan sufragarlos.

e. Corresponde al Estado regular ejercer la suprema inspección y vigilancia de la educación con el fin de velar por su calidad, por el cumplimiento de sus fines y por la mejor formación moral, intelectual y física de los educandos; garantizar el adecuado cubrimiento del servicio y asegurar a los menores las condiciones necesarias para su acceso y permanencia en el sistema educativo.

f. La Nación y las entidades territoriales participarán en la dirección, financiación y administración de los servicios educativos estatales, en los términos que señalen la Constitución y la ley.

Para valorar el cumplimiento de las obligaciones jurídicas internacionales y el desarrollo del Artículo 67 de la Constitución, con ocasión de la visita de la relatora especial de Naciones Unidas sobre el derecho a la educación, la Comisión Colombiana de Juristas preparó en 2003 un informe sobre el disfrute del derecho a la educación en Colombia (Comisión Colombiana de Juristas, 2004). El informe analiza la garantía de cuatro componentes del derecho (disponibilidad, acceso, permanencia y aceptabilidad), que comportan para el Estado cuatro obligaciones: asequibilidad, accesibilidad, adaptabilidad y permanencia. La doctrina nacional e internacional reconocen en estos cuatro componentes las dimensiones de contenido prestacional del derecho a la educación (Tomasevski, 2005):

- La asequibilidad o disponibilidad del servicio, que puede resumirse en la obligación del Estado de crear y financiar suficientes instituciones educativas a disposición de todos aquellos que demandan su ingreso al sistema educativo, abstenerse de impedir a los particulares fundar instituciones educativas e invertir en infraestructura para la prestación del servicio, entre otras.
- La accesibilidad, que implica la obligación del Estado de garantizar el ingreso de todos en condiciones de igualdad, la eliminación de todo tipo de discriminación en el sistema y facilidades para acceder al servicio desde el punto de vista geográfico y económico.
- La adaptabilidad, que se refiere a la necesidad de que la educación se adapte a las necesidades y demandas de los educandos y que se garantice continuidad en la prestación del servicio.
- La aceptabilidad, la cual hace alusión a la calidad de la educación que debe impartirse.

Disponibilidad de una instrucción básica para todos

A efectos de garantizar la disponibilidad de una instrucción básica para todos, el inciso 3 del Artículo 67 ya señalado dispone que la educación en Colombia sea obligatoria entre los 5 y los 15 años de edad y que comprenda como mínimo un año de preescolar y nueve de educación básica. En relación con esta política del Estado colombiano se han desarrollado diferentes tesis; algunas valoran el carácter innovador del constituyente al ir más allá de la básica primaria y otras, analizan la viabilidad económica y la posibilidad técnica del Estado para dar cumplimiento inmediato a este mandato.

Respecto al mandato del constituyente, la Corte Constitucional ha sostenido que una interpretación armónica de los Artículos 44 y 67 de la Carta con los tratados internacionales suscritos por el Estado colombiano lleva a concluir que la educación es un derecho fundamental de todos los menores de 18 años, por cuanto: i) el Artículo 44 superior reconoce que la educación es un derecho fundamental de todos los niños y según el Artículo 1 de la Convención sobre los derechos del niño²⁹, ratificada por Colombia por medio de la Ley 12 de 1991, la niñez se extiende hasta los 18 años, y ii) de acuerdo con el principio de interpretación *pro infans*, contenido también en el Artículo 44, debe optarse por la interpretación de las disposiciones que menos perjudique el derecho a la educación de los niños. Por lo tanto, las edades fijadas en el inciso 3 de la norma aludida deben tomarse como criterio inclusivo y los establecimientos educativos públicos no pueden excluir del sistema a los niños mayores de 15 años (Corte Constitucional, 1994).

Acerca de los grados de instrucción que el Estado está obligado a garantizar, la Corte ha afirmado lo siguiente: i) que los grados previstos en el inciso 3 del Artículo 67 de la Carta —un año de educación preescolar y nueve de educación básica— constituyen el contenido mínimo del derecho que el Estado debe garantizar, y ii) que como se trata de un contenido mínimo, el Estado debe ampliarlo progresivamente, es decir, debe extender la cobertura del sistema educativo a nuevos grados de preescolar, secundaria y educación superior.

.....
29 El texto del Artículo es: "Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad".

El informe sobre el disfrute del derecho a la educación en Colombia de la Comisión Colombiana de Juristas (2004) anota que la obligación de asequibilidad a la educación que tiene el Estado es asegurar que existan escuelas primarias a disposición de los menores. Ello requiere una inversión pública en educación, un sistema educativo público que garantice la planta mínima de docentes para atender las necesidades del servicio, escuelas suficientes, dotación y material de instrucción en el ámbito nacional para los grados de enseñanza básica.

El informe presenta el índice de cumplimiento del Estado colombiano acerca de los componentes de la obligación de asequibilidad: evalúa el gasto público en educación (Ministerio de Educación Nacional, 2003)³⁰, reseña el impacto de la Ley 715 de 2001 en el cierre y la fusión de instituciones educativas y los problemas de acceso a la educación que ha generado y presenta un panorama general de las condiciones del personal docente.

La disminución y falta de equidad en la asignación de recursos para la educación ha conllevado, según cálculos de Ossa y Garay (2002), a que los fondos públicos destinados sean insuficientes, por lo que las familias son las encargadas de cubrir los costos educativos. El gasto privado en educación es prácticamente igual al del Estado; con ello, concluye el informe, el Estado colombiano incumple la obligación de destinar el máximo de recursos disponibles para garantizar de forma progresiva el derecho a la educación.

Sobre el cuerpo docente, la política pública no refleja el reconocimiento del papel crucial de su labor en la calidad de la educación que se imparte. Las normas que reglamentan la Ley 715 desmejoran la situación de los derechos laborales de los docentes, en especial en cuestiones como la jornada laboral, la estabilidad en el empleo y las condiciones salariales, lo que hace que la profesión docente sea poco atractiva, inestable y mal remunerada. Esta normatividad no tiene en cuenta que las condiciones laborales de los docentes tienen consecuencias directas sobre la calidad de la educación.

30 Entre 1994 y 1996, el gasto público en educación como porcentaje del PIB creció de forma constante: de 3.09 % en 1994 alcanzó un 5.03 % en 1996. Entre 1996 y 1999, este porcentaje decreció significativamente: de 5.03 % en 1996 pasó a 2.74 % en 1999. Según un informe del Ministerio de Educación Nacional (1999), en 2000 el presupuesto en educación se redujo en un 14.1%.

Acceso a la educación

Respecto a la accesibilidad (acceso), el informe señala una falta de 53 % de los recursos para atender a la población preescolar. De cada cien niños de ese grado, solo 41 estaban dentro de la edad; la tasa de cobertura en educación primaria no aumentó y hay discriminación en el acceso de la población: el sector con más ingresos asiste más a los centros educativos que el de menores ingresos. La discriminación más evidente se debe a razones socioeconómicas y étnicas y perjudica en especial a las personas que habitan las zonas rurales.

Hasta 2003, el Estado no había cumplido con la obligación de gratuidad de la educación primaria, a pesar de que un 60 % de la población estaba por debajo de la línea de pobreza y de que los costos educativos eran la principal razón para no asistir a la escuela primaria (alimentación, útiles, uniformes, material de instrucción). El Plan de desarrollo vigente a la fecha no fijaba metas para la garantía de permanencia en el sistema escolar. La tasa de analfabetismo permanecía en un 8.6 %, lo que mantenía la inequidad entre el sector urbano y el rural.

Adaptabilidad del servicio educativo

Si bien se ha desarrollado un marco normativo y un conjunto de políticas para la atención de la población con necesidades especiales (grupos afrocolombianos, indígenas y desplazados), las medidas se limitan a la atención humanitaria y dejan un vacío en la etapa de retorno o reubicación para la población víctima del conflicto armado. No se establecen estrategias para la consecución de útiles escolares, de uniformes y de alimentación que aseguren su permanencia. La política de atención a la población desplazada no es adecuada y presenta serios vacíos en recursos, cupos, costos escolares y garantía de no discriminación por ser desplazado.

En cuanto a la atención a los menores infractores, niñas en embarazo y niños, niñas y adolescentes que habitan la calle, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (2014) reportaba miles de niños desatendidos.

Aceptabilidad (calidad)

Hasta 2003 se registraban precarias condiciones de aprendizaje en el país, pues las instituciones escolares no contaban con los recursos suficientes para prestar el servicio, pese a que la revolución educativa emprendida desde 2002 incluyó como temas esenciales la cobertura, la calidad, la pertinencia laboral, capacitación técnica e investigación científica. La política implementada en el último decenio, centrada en aumentar cobertura sin aumentar gasto público en educación, ha generado la apertura de nuevos cupos sin la inversión necesaria en políticas de mejoramiento de aulas, de plantas físicas, de dotación de escuelas y de contratación de más personal docente. En lugar de reducirse la proporción de alumnos por docente, esta ha aumentado: el Decreto 3020 de 2002 establece una relación de 32 alumnos por docente en zona urbana y de 22 en zona rural; sin embargo, según algunas cifras de la Federación Colombiana de Educadores, la proporción puede llegar a 45 alumnos por docente (Lerma, 2007).

En cuanto a la obligación del Estado de implementar un modelo pertinente de estándares de calidad, la política reciente (Ley 715 de 2001)³¹ se contrapone a los logros presentados en autonomía escolar resaltados por la evaluación de Educación para todos, de la Unesco (2000), referidos al desarrollo de los proyectos educativos institucionales y la dirección colegiada de instituciones.

Educación para la inclusión y la construcción de ciudadanía

En esta sección se avanza en la revisión de la política pública del Estado colombiano en torno a la educación en derechos humanos, Estado social de derecho y ciudadanía democrática. La reflexión se plantea con el propósito de recoger argumentos para el análisis futuro de la tesis sobre el impacto que podría tener el limitado acceso a la educación y la falta de libertades sobre la construcción de ciudadanía y la inclusión social (González, 2007)

Al definir los fines de la educación, la Ley General de Educación obliga a:

- a. La formación en el respeto a la vida y a los demás derechos humanos, a la paz y a los principios democráticos de convivencia, pluralismo, justicia,

.....
31 La Ley 715 de 2001 dicta normas orgánicas en materia de recursos y competencias, de conformidad con los Artículos 151, 288, 356 y 357 (Acto Legislativo 01 de 2001) de la Constitución Política y señala otras disposiciones para organizar la prestación de los servicios de educación y salud, entre otros.

solidaridad y equidad, así como en el ejercicio de la tolerancia y de la libertad.

- b. La formación para facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación.
- c. La formación en el respeto a la autoridad legítima y a la ley, a la cultura nacional, a la historia colombiana y a los símbolos patrios.
- d. La adquisición y generación de los conocimientos científicos y técnicos más avanzados, humanísticos, históricos, sociales, geográficos y estéticos, mediante la apropiación de hábitos intelectuales adecuados para el desarrollo del saber.
- e. El estudio y la comprensión crítica de la cultura y de la diversidad étnica y cultural del país, como fundamento de la unidad nacional y de su identidad.
- f. El acceso al conocimiento, a la ciencia, la técnica y demás bienes y valores de la cultura, el fomento de la investigación y el estímulo a la creación artística en sus diversas manifestaciones.
- g. La creación y el estímulo de una conciencia de la soberanía nacional y para la práctica de la solidaridad y la integración con el mundo, en especial con América Latina y el Caribe.
- h. El desarrollo de la capacidad crítica, reflexiva y analítica que fortalezca el avance científico y tecnológico nacional, orientado con prioridad al mejoramiento cultural y de la calidad de la vida de la población, a la participación en la búsqueda de alternativas de solución a los problemas y al progreso social y económico del país.
- i. La adquisición de una conciencia para la conservación, la protección y el mejoramiento del ambiente, de la calidad de la vida, del uso racional de los recursos naturales y de la prevención de desastres, dentro de una cultura ecológica y del riesgo y la defensa del patrimonio cultural de la Nación.

Al especificar los objetivos comunes de todos los niveles de la educación formal, la Ley General de Educación, en su Artículo 13, define como objetivo

primordial el desarrollo integral de los educandos mediante acciones estructuradas orientadas a:

- a. Formar la personalidad y la capacidad de asumir con responsabilidad y autonomía sus derechos y deberes.
- b. Proporcionar una sólida formación ética y moral y fomentar la práctica del respeto a los derechos humanos.
- c. Propiciar en la institución educativa las prácticas democráticas para el aprendizaje de los principios y valores de la participación y organización ciudadanas y estimular la autonomía y la responsabilidad.
- d. Desarrollar una sana sexualidad que promueva el conocimiento de sí mismo y la autoestima, la construcción de la identidad sexual dentro del respeto por la equidad de los sexos, la afectividad, el respeto mutuo y prepararse para una vida familiar armónica y responsable.
- e. Crear e incentivar una conciencia de solidaridad internacional.
- f. Desarrollar acciones de orientación escolar, profesional y ocupacional.
- g. Forjar una conciencia educativa para el esfuerzo y el trabajo.
- h. Promover el interés y el respeto por la identidad cultural de los grupos étnicos.

A efectos de lograr estos propósitos, el Estado ha avanzado en el diseño de lineamientos para la enseñanza, los cuales han derivado en los estándares de competencia ciudadana. Como lo plantea el Ministerio de Educación Nacional (2003), el Estado colombiano está convencido de que la educación es uno de los caminos que hará posible la paz.

Con base en la tesis de que así como es posible desarrollar habilidades comunicativas, también se pueden adquirir competencias específicas para el ejercicio de la ciudadanía, que se han incorporado al currículo de la educación formal y deberán incluirse gradualmente en todos los niveles de formación.

La institución educativa es un escenario privilegiado, pues allí los niños, las niñas y los adolescentes aprenden a vivir juntos, a trabajar en equipo y a identificar las particularidades y diferencias en una permanente interacción con otros seres humanos. Sin embargo, la formación ciudadana no había recibido la atención, el espacio y los recursos pedagógicos necesarios. Para corregir esta situación, bajo la coordinación del Ministerio de Educación Nacional, la comunidad

docente elaboró una propuesta que tiene como desafío formar para la ciudadanía. La doctrina de los estándares de competencia ciudadana se resume en:

La acción ciudadana se da siempre en un contexto. Los individuos actuamos dentro de estructuras y contextos sociales, y esas estructuras y contextos pueden obstaculizar o favorecer el ejercicio de las competencias. Por ello es fundamental que todos los adultos involucrados en la educación nos propongamos promover y construir ambientes democráticos reales, tanto en el hogar como en la vida escolar, para favorecer el ejercicio de las competencias ciudadanas. Si queremos contextos para la participación democrática, debemos tomar decisiones explícitas y conscientes para ofrecerlos en la vida cotidiana: espacios que permitan la participación y la toma de decisiones sobre asuntos reales, todos los días, desde el comienzo de la escolaridad (Ministerio de Educación Nacional, 2003, p. 10).

Más allá de integrarse a la agenda política de los Estados democráticos, sería pertinente analizar el grado de desarrollo de estos objetivos, para valorar el impacto que podrían tener la formación en derechos humanos y la construcción de ciudadanía en el desarrollo de estos.

ANÁLISIS DEL CONCEPTO DE CONFLICTO ARMADO EN LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA DEL CASO FISCAL VS. THOMAS LUBANGA DYILO EN LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

A partir de la decisión del caso de Thomas Lubanga Dyilo ante la Corte Penal Internacional se explica en este texto el concepto de conflicto armado como negación de la paz, la cual constituye la condición básica para la plena observancia de los derechos humanos.

Se toma como punto de partida la Sentencia del 14 de marzo de la Sala de Primera Instancia I de la Corte Penal Internacional (2006a), para señalar la forma en la que los derechos humanos intervienen en un conflicto internacional desde la perspectiva de esta Corte.

La Sentencia de primera instancia resulta de interés por ser el primer veredicto surgido de la Corte Penal Internacional que, complementada con la condena a catorce años de prisión en la Sentencia del 12 de julio de 2012, constituye el primer asunto decidido en fondo por esta Corte. Al mismo tiempo, es relevante porque se trata de una condena por el crimen de reclutamiento, alistamiento y uso de niños en las hostilidades, un crimen de guerra que requiere la existencia de un conflicto armado.

El 14 de marzo de 2012, la Corte Penal Internacional emitió la Sentencia de condena contra Thomas Lubanga Dyilo, líder rebelde de la República Democrática

del Congo, quien fue encontrado culpable por el crimen de reclutar a menores de 15 años y utilizarlos para participar activamente en el conflicto armado desde 2002 y 2013 (Drumbl, 2012).

En el caso en cuestión, el debate no solo surgió por la existencia del conflicto armado, pues el Tribunal tuvo que cambiar la nominación de los cargos porque, como lo determinó en su decisión, se trataba de un conflicto armado no internacional.

Por otra parte, dada la actualidad de la Sentencia estudiada, se convierte en la más relevante de las decisiones internacionales, puesto que recoge y actualiza los precedentes internacionales en materia de interpretación de conflicto armado. Sumado a lo anterior, en la Sala de Apelaciones de la Corte Penal Internacional (CPI) se dictó sentencia sobre los principios de procedimiento y de reparación, lo cual aumenta el interés de este caso debido a que se establece un régimen de responsabilidad de la persona condenada hacia las víctimas y la relación entre la responsabilidad penal del individuo y la obligatoriedad de reparación del daño.

Dicha sentencia implica un avance significativo sobre la importancia de las decisiones de primera instancia y aumenta el potencial de las reparaciones y las perspectivas de la justicia participativa. No obstante, ha sido criticada por su poca atención a las fricciones sociales creadas a partir de las reparaciones (Stahn, 2015). “La justicia puede ser el único lugar en que las víctimas pueden ser escuchadas, pero también pueden ser secuestradas por los poderosos para sus propios intereses de protección” (p. 340).

Hechos del caso

A continuación se resumen los hechos, con una traducción libre y resumida de los párrafos citados de la sentencia *sub examine*.

El caso tiene relación con los eventos sucedidos entre septiembre de 2002 y el 13 agosto 2003 en el distrito de Ituri, en la República democrática del Congo. Ituri es un distrito de la Provincia Oriental en el noreste de la República Democrática del Congo, en el límite con Uganda, cuya población se estimaba entre 3.5 y 5 millones de personas en 1999.

La República Democrática del Congo tiene alrededor de 450 grupos étnicos entre sus fronteras. Tan solo en Ituri existen unos dieciocho, incluidos los lendú,

los ngiti y los hemas. Las tensiones étnicas y las competencias por los recursos dieron lugar a un devastador conflicto, que fue documentado en el *Reporte especial sobre los eventos en Ituri, de enero de 2002 a diciembre de 2003*, por la Misión en la República Democrática del Congo de la Organización de las Naciones Unidas. Los eventos que ocurrieron en la última parte del conflicto solo son el sujeto del caso.

En el párrafo 70 de la Sentencia, la Sala de Primera Instancia busca establecer la conexidad entre el origen del conflicto y los hechos relevantes. Señala que ese punto es mayo de 1997 cuando, luego de una guerra de los últimos nueve meses, Laurent Kabila llegó al poder en Zaire y lo renombró “República Democrática del Congo”. El presidente Kabila fue asesinado en 2001 y lo sucedió su hijo, Joseph Kabila. En estos tiempos, hubo por lo menos diez conflictos en el país que involucraron a nueve armadas nacionales y diecinueve grupos armados irregulares. Seis de esos conflictos tuvieron lugar en la Provincia Oriental o en el mismo Ituri.

Según la Sala de audiencias, Ituri es una región rica en recursos como oro, diamantes, petróleo y coltán, lo cual la convertía en una zona deseada por colectivos dentro y fuera del Congo. Ello motivó muchos actos de violencia entre 1999 y 2003, con una participación significativa de grupos como la Ugandan People’s Defence Force (UPDF). En agosto de 1998, miembros de este último, en apoyo de los rebeldes, ocuparon las provincias orientales como parte de los esfuerzos para derribar al presidente Kabila.

En Ituri, el conflicto surgió por las diferencias étnicas entre los lendú y los hemas, cuyo origen histórico fue reforzado por la colonización belga. Esta les dio a los hemas un predominio político y económico que se mantuvo a lo largo del tiempo y les permitió poseer la mayoría de las tierras y los centros de producción.

A finales de la década del noventa, la lucha por el territorio entre estas comunidades generó un conflicto que empeoró con la participación de Fuerzas Armadas que inicialmente apoyaron a los hemas y atacaron las poblaciones de lendús. Pronto, los lendús crearon grupos de autodefensas y los hemas se apoyaron en grupos militares de Uganda y del Congo.

Esta violencia étnica se exacerbó con la participación de grupos externos al Congo que, en busca de los numerosos recursos del país, llegaron a recrudecer la guerra. Entre ellos estaban las fuerzas militares de Ruanda y de Uganda. En 1999, la UPDF decidió crear una nueva provincia llamada Kibali-Ituri y nombró como

gobernador a un activista hema llamado Lotsove Mugsia, lo cual intensificó la confrontación y dejó cerca de 7.000 muertos.

Mientras tanto, el 15 de septiembre de 2000 se creó la Unión de Patriotas Congolese (UPC) con Thomas Lubanga como cofundador. En 2002, Lubanga ocupaba la posición de ministro de Defensa de la RDC que controlaba Ituri. Durante ese año, muchos individuos de las etnias en conflicto se separaron de la armada de la RDC y formaron nuevas milicias.

En ese contexto, el caso en cuestión versa sobre la responsabilidad penal por los crímenes de reclutamiento, alistamiento y uso de menores de 15 años desde el 1 de septiembre de 2002 hasta el 13 de agosto de 2003.

Existencia de un conflicto armado en Ituri

El Tribunal se encargó de determinar la existencia de diferentes grupos armados con capacidad suficiente para adelantar operaciones militares de forma permanente y, al mismo tiempo, establecer que estuvieron en pugna en la región de Ituri. Entre los colectivos analizados por la Sala de primera instancia, la Unión de Patriotas Congolese (UPC), las Fuerzas de Resistencia Patriótica de Ituri (RD Congo) (FRPI) y la Autoridad Provisional de la Coalición (APC) tenían las condiciones suficientes y actuaron de tal forma que configuraron un conflicto armado.

Según la Sentencia, la Sala consideró, fuera de toda duda razonable, que durante todo el período cubierto por los cargos (2002-2003) había conflictos armados simultáneos en Ituri y en las áreas circundantes dentro de la República Democrática del Congo, en los que participaron diversos grupos. Algunos de ellos en los que tomó parte la UPC tuvieron una violencia prolongada. El ala militar de la UPC, conocida como Fuerzas Patrióticas por la Liberación del Congo (FPLC), se creó en septiembre de 2002. Desde esa fecha, a más tardar, la UPC-FPLC era una organización política y militar que tenía el control de Bunia. Dicha toma de control marcó el punto de inflexión en el conflicto en el distrito de Ituri, pues a partir de entonces, la “rapidez de la alianza cambió”, la “multidireccionalidad” de la lucha y la naturaleza de la violencia contra la población civil alcanzaron extremos sin precedentes. La UPC-FPLC se organizó como líder, por su capacidad para entrenamiento de tropas y para adelantar operaciones permanentes.

La Sala expresó que la APC, el brazo armado de la *Rassemblement Congolais pour la Démocratie-Mouvement pour la Libération* (RCD-ML) fue un grupo armado organizado capaz de llevar a cabo las hostilidades prolongadas durante el plazo examinado. En este tiempo, la RCD-ML-APC también apoyó diversas milicias lendú armadas, incluido el FRPI, en el combate contra la UPC-FPLC.

Por su parte, el FRPI fue un grupo armado organizado, con liderazgo suficiente y estructura de mando, que participó en la Comisión de Pacificación de Ituri. Llevaba a cabo la formación básica de los soldados e intervino en las hostilidades prolongadas, incluidas las batallas en Bogoro y Bunia (entre marzo y mayo de 2003).

Según la Sala, hay muchas pruebas acerca de la implicación de la UPC-FPLC en la lucha contra la participación de las milicias rebeldes, a saber, las de RCD-ML y lendú (también el FRPI) que tuvieron lugar en Ituri entre septiembre de 2002 y agosto de 2003. La Sala escuchó evidencia de que la UPC-FPLC, con la asistencia de las Fuerzas de Defensa, enfrentó a la RCD-ML en Bunia en agosto de 2002. En noviembre de 2002, la UPC-FPLC luchó contra combatientes lendús y de la APC en Mongbwalu, así como en Bogoro (marzo de 2003); además, estaba en conflicto con las milicias lendú en Lipri, Bambu y Kobu (febrero y marzo de 2003); Mandro (marzo de 2003) y Mahagi, entre otras áreas. A principios de marzo de 2003, los enfrentamientos entre la UPC-FPLC y la UPDF y varias milicias lendú, incluido el FRPI, terminó con la retirada de la UPC-FPLC de Bunia. Sin embargo, en mayo de 2003, la UPC-FPLC volvió a Bunia, en donde enfrentó a las milicias lendú y el FRPI, lo que dio lugar a una serie de hostilidades.

La Sentencia concluye de la siguiente forma:

Sin embargo, la Sala considera que las pruebas sobre este asunto no dejan ninguna duda razonable de que la UPC-FPLC, como una fuerza o grupo armado, participaron en las hostilidades prolongadas y se asoció con un conflicto armado en todo el horizonte temporal que corresponda de los cargos (traducción propia) (Corte Penal Internacional, 2012, párr. 550).

La naturaleza no internacional del conflicto armado

Para la Sala, es indispensable determinar si los hechos estuvieron enmarcados en un conflicto internacional o no internacional. Expresa que está plenamente

demostrada la participación y el apoyo de Ruanda y Uganda a los grupos en conflicto e incluso, que hay suficiente evidencia de la presencia de Uganda en Ituri entre septiembre de 2002 y el 13 de agosto de 2003, así como el apoyo de Uganda al UPC-FPLC mediante entrenamientos y provisión de armamentos.

Sin embargo, la Sala reconoce que no hay evidencia de que Uganda hubiera tenido un rol en la organización, coordinación o planificación de las operaciones militares de la UPC. En cambio, existe prueba de que Ruanda perseguía una finalidad con esas operaciones, pero ello no es suficiente para determinar que hubo un control general sobre la UPC y sus operaciones.

Dice la Sala:

Centrándose únicamente en las partes y el conflicto relevante para los cargos en este caso, la ocupación militar de Uganda en el aeropuerto de Bunia no cambia la naturaleza jurídica del conflicto entre los grupos rebeldes UPC-FPLC, RCD-ML-APC y FRPI ya que este conflicto, como se ha analizado anteriormente, no dio lugar a dos Estados opuestos entre sí, ya sea directa o indirectamente, durante el período de tiempo relevante a los cargos. En cualquier caso, la existencia de un posible conflicto que era “de carácter internacional” entre la RCD y Uganda no afecta a la calificación jurídica de los conflictos de la UPC-de FPLC concurrente armada no internacional con la APC y milicias FRPI, que formó parte del conflicto armado interno entre los grupos rebeldes (traducción propia) (Corte Penal Internacional, 2012, párr. 565).

Con ello, establece la importancia de la calidad de los actores (Estados) para definir la naturaleza internacional de un conflicto. En el caso en cuestión, no se trató de la lucha armada entre dos o más Estados, puesto que la participación de Uganda y de Ruanda en las hostilidades ni siquiera alcanzó el control global sobre los grupos armados y, por ende, fueron estos grupos no estatales los que realmente actuaron. Por lo tanto, el conflicto fue no internacional. Todo esto sirve de fundamento a la Sala para decidir, según la Regla 55 del Reglamento de la Corte (2009a), cambiar la caracterización legal de los hechos, puesto que el conflicto armado no fue de carácter internacional.

La comisión del crimen de reclutamiento forzado de niños y niñas

El caso versa sobre los hechos cometidos a manos del grupo UPC-FPLC como parte de un plan establecido con el fin de lograr sus objetivos militares. En dicho contexto, Thomas Lubanga, como cofundador y presidente del grupo, era

consciente y, por lo tanto, responsable del reclutamiento, del entrenamiento y de la utilización de menores de 15 años en las hostilidades propias del conflicto armado que se vivió en Ituri.

Conclusiones generales de la Sala respecto del conflicto armado y la responsabilidad de Lubanga

Lubanga participó en un plan común para construir un ejército con el propósito de establecer y mantener el control político y militar en Ituri. Ello dio lugar al reclutamiento y alistamiento de niños y niñas menores de 15 años y su utilización para participar activamente en las hostilidades.

Según la Sala, el acusado estaba en conflicto con la RCD-ML al menos desde abril de 2002 y lideró un grupo que trataba de provocar un cambio político en Ituri, que incluía la remoción del señor Mbusa Nyamwisi y el gobernador Molondo Lomondo. El acusado permaneció en el control, delegó su autoridad mientras estuvo detenido en el verano de 2002 y envió al jefe Kahwa y al señor Beizaa Ruanda para obtener armas. Durante ese período, Floribert Kisembo, Bosco Ntaganda y Kahwa, tres de los principales supuestos coautores, eran responsables de la contratación y la formación que abarcaba a niños y niñas menores de 15 años.

El acusado y algunos de sus coautores participaron en la toma de control de Bunia, en agosto de 2002. Thomas Lubanga, como máxima autoridad de la UPC, nombró a Kahwa, Kisembo, Floribert y Bosco Ntaganda en puestos de responsabilidad dentro de la UPC-FPLC. La evidencia ha demostrado que, durante este lapso, los dirigentes de la UPC-FPLC —entre ellos, el jefe Kahwa y Bosco Ntaganda— y los ancianos hema como Eloy Mafuta participaron activamente en las campañas de movilización y reclutamiento para persuadir a las familias hemas de enviar a sus hijos a unirse a la UPC-FPLC.

Los niños reclutados antes de la creación formal de la FPLC se incorporaron en ese grupo. La Sala concluye que entre el 1 de septiembre de 2002 y el 13 de agosto de 2003, un número significativo de miembros de alto rango de la UPC-FPLC y otro personal llevaron a cabo un proceso de contratación a gran escala dirigida a los jóvenes y menores de 15 años de edad, ya sea voluntariamente o por coacción.

La conclusión final al respecto se muestra en el párrafo 1355, en el que la Sala determina que existe prueba para concluir, más allá de toda duda razonable que, como resultado de la ejecución del plan común para construir un ejército con el propósito de establecer y mantener el control político y militar en Ituri, los niños y las niñas menores de 15 años de edad fueron reclutados por la UPC-FPLC entre el 1 de septiembre de 2002 y el 13 de agosto 2003. Además, que dichos niños fueron utilizados para participar activamente en las hostilidades. También se utilizaron como soldados y guardaespaldas de altos funcionarios, entre ellos, los acusados.

El nexo de causalidad con la responsabilidad de Lubanga Dyilo

La Sala de primera instancia determina, en el párrafo 1356, la conexidad de los hechos con la responsabilidad del acusado de la siguiente forma: Thomas Lubanga fue el presidente de la UPC-FPLC y la evidencia demuestra que era, a la vez, el comandante en jefe del Ejército y su líder político. Ejerció un papel de coordinación general de las actividades de la UPC-FPLC. Se le informó, sobre una base sustancial y continua, de las operaciones de las FPLC. Estuvo involucrado en la planificación de las operaciones militares y desempeñó un rol fundamental en la prestación de apoyo logístico que abarcó armas, municiones, alimentos, uniformes, raciones militares y otros suministros generales de las tropas FPLC. Participó en la toma de decisiones sobre la política de reclutamiento y apoyó las iniciativas de reclutamiento, por ejemplo, mediante discursos a la población local y a los reclutas, como en Rwampara. Allí alentó a los menores de 15 años a unirse al Ejército y proporcionar seguridad a la población una vez salieran al campo después de su entrenamiento militar. Por otra parte, utilizó a estos menores entre sus guardaespaldas.

La Sala concluye que estas contribuciones de Thomas Lubanga, en conjunto, eran esenciales para un plan común que dio lugar al reclutamiento y alistamiento de niños y niñas menores de 15 años en la UPC-FPLC y su utilización para participar activamente en las hostilidades.

Conflicto armado

La Sentencia en cuestión tiene, como ya se ha visto, una serie de reflexiones importantes respecto al conflicto armado, como resultado de que los crímenes a imputar pertenecen al capítulo de los crímenes de guerra.

Los hechos que enmarcan el caso fueron parte de la política de la UPC de reclutar y utilizar menores de 15 años en sus acciones militares dirigidas contra, al menos, otros dos grupos armados de las mismas dimensiones y capacidades, con el fin de controlar el distrito de Ituri.

La determinación de la existencia de un conflicto armado es esencial en el caso *sub lite*, pues el delito del que se trata es un crimen de guerra, cuyo requisito de aplicación es la existencia de un conflicto armado.

Tan importante resulta la cuestión, que hay un debate que se resuelve en esta decisión y que contradice a la Sala de cuestiones preliminares respecto a la calificación del conflicto, al cambiar en este caso a conflicto no internacional, habida cuenta de que la participación de Uganda y Ruanda no llegó al grado del control global de los grupos en conflicto.

La Sala recoge la jurisprudencia existente en materia de conflicto y las herramientas desarrolladas por el Estatuto y por el desarrollo doctrinal de la Fiscalía y se encarga de establecer que los actores del conflicto tenían la estructura y el funcionamiento con la magnitud y permanencia suficiente para poder ser considerados como actores de cuyo enfrentamiento surge un conflicto, en este caso, de naturaleza no internacional.

La Sala de primera instancia inició revisando la jurisprudencia de las Salas de cuestiones preliminares y del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia (2007), en la cual la Fiscalía sugiere que un conflicto armado internacional existe “cuando se recurre a la fuerza armada entre los Estados”. Se sostiene que los conflictos armados internacionales se establecen cuando los Estados han recurrido a la fuerza armada y i) la violencia se mantiene y ha alcanzado un cierto grado de intensidad, y ii) los grupos armados con cierto grado de organización, incluida la capacidad de imponer la disciplina y la capacidad para planificar y llevar a cabo constantes operaciones militares, están involucrados. Además, el Artículo 8 (2) (f) de los Estatutos fija que el conflicto debe ser “prolongado”.

Explica la Sentencia:

La definición de este concepto ha sido considerada por otros tribunales internacionales y la Sala ha obtenido la ayuda de la jurisprudencia del TPIY:

[...] Existe un conflicto armado cada vez que hay un recurso a la fuerza armada entre Estados o de la violencia prolongada entre autoridades gubernamentales y grupos armados organizados o entre tales grupos dentro de un Estado. El derecho internacional humanitario se aplica desde el inicio de esos conflictos armados y se extiende más allá del cese de las hostilidades hasta que una conclusión general de la paz se alcanza, o bien, en el caso de los conflictos internos, una solución pacífica se logra. Hasta ese momento, el derecho internacional humanitario sigue aplicándose en todo el territorio de los Estados beligerantes o, en el caso de los conflictos internos, la totalidad del territorio bajo el control de un partido, sea o no el combate real se lleva a cabo.

Los conflictos armados sin carácter internacional. En cuanto a la definición de un conflicto armado de carácter no internacional, el artículo 8 (2) (f) de los Estatutos establece:

El párrafo 2 (e) se aplica a los conflictos armados que no sean de carácter internacional y por lo tanto no se aplica a situaciones de disturbios o tensiones internos, tales como motines, actos aislados y esporádicos de violencia u otros actos de naturaleza similar. Se aplica a los conflictos armados que tienen lugar en el territorio de un Estado cuando existe un conflicto armado prolongado entre las autoridades gubernamentales y los grupos armados organizados o entre tales grupos. Basándose en el Protocolo adicional II a los Convenios de Ginebra y la Decisión Tadic del TPIY apelación interlocutoria antes citada, la Sala de Cuestiones Preliminares I determinó que “la participación de los grupos armados con cierto grado de organización y la capacidad de planificar y llevar a cabo operaciones militares sostenidas permitiría para el conflicto que se caracteriza por ser un conflicto armado que no sea de índole internacional” (traducción propia) (Corte Penal Internacional, 2012, párrs. 533-536).

Resulta muy importante que la Sala, basada en el Artículo 8 (2) (f) del Estatuto, estipule que solo se requiere la existencia de una “prolongada” situación de conflicto entre “grupos armados organizados”. Ello implica que no se requiere establecido en el Protocolo adicional II respecto a que los grupos armados ejerzan “tal control sobre una parte del territorio, que les permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas”.

Continúa la Sala:

Por otra parte, el artículo 8 (2) (f) no incorpora el requisito de que los grupos armados organizados estaban “bajo un mando responsable”, según lo establecido en el artículo 1 (1) del Protocolo Adicional II.

En cambio, los “grupos armados organizados” deben tener un grado suficiente de organización, con el fin de que puedan llevar a cabo un conflicto armado prolongado. Al decidir si un cuerpo era un grupo armado organizado para determinar si un conflicto armado no era de índole internacional, la siguiente lista no exhaustiva de los factores puede ser pertinente: la fuerza o la jerarquía interna del grupo, la estructura de mando y las reglas, la medida en la que el equipo militar, incluidas armas de fuego, están disponibles, la fuerza o la capacidad del grupo para planificar las operaciones militares y ponerlas en práctica, el alcance, la gravedad y la intensidad de cualquier militar involucrado. Ninguno de estos factores individual es determinante. La prueba, junto con estos criterios, debe aplicarse con flexibilidad cuando la Sala decide si un cuerpo es un grupo armado organizado, dada la escasa exigencia en el artículo 8 (2) (f) del Estatuto (traducción propia) (Corte Penal Internacional, 2012, párr. 537).

Respecto a la intensidad del conflicto, en el párrafo 538, la Sala establece que es un criterio relevante para determinar la existencia de un conflicto no internacional, porque en virtud del Artículo 8 (2) (f), la violencia no debe ser esporádica o aislada. A tal efecto, toma en cuenta la jurisprudencia del TPIY, que indica:

[...] la gravedad de los ataques y el aumento de potencial en los enfrentamientos armados, su propagación por el territorio durante un período, el incremento de las fuerzas del Gobierno, la movilización y la distribución de armas entre ambas partes en conflicto, así como si el conflicto ha atraído la atención del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas y, en caso afirmativo, si las resoluciones sobre la materia se han aprobado (traducción propia) (Corte Penal Internacional, 2012, párr. 538).

De los hechos del caso queda claro que existieron grupos armados organizados, con capacidad de actuar bajo un mando responsable y adelantaron operaciones militares durante un lapso prolongado y con una muy alta intensidad, lo que generó graves efectos en la población. Dichos grupos, que lucharon entre sí fueron entre otros la UPC, el RCD y FRPI, que a su vez tuvieron apoyo de otros Estados (aunque dicho respaldo no llegó a tener las condiciones para considerarse como un control global).

Con todo ello, la Sala de primera instancia determina que en el caso en cuestión existió un conflicto armado no internacional, pese a que es posible que en una misma región coexistan diversas modalidades de conflictos armados en un tiempo determinado —lo que, de hecho, tuvo lugar en el Congo—.

La existencia de un conflicto no internacional y el hecho de que la UPC hubiera adelantado una política de reclutamiento, entrenamiento y uso de niños, de la cual era consciente y participó el señor Lubanga, fueron las razones para el veredicto de la Sala de primera instancia.

LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y SU FUNDAMENTO EN EL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD

El presente análisis se basa en los pronunciamientos y las incorporaciones que ha hecho la Corte Constitucional por vía de jurisprudencia al bloque de constitucionalidad, en cuanto a convenios y tratados ratificados por Colombia referentes al derecho a la libertad de expresión y relacionados. Se pretende revisar el concepto de bloque de constitucionalidad y las normas que lo componen, con especial énfasis en las que se tratan del derecho a la libertad de expresión y su conexión con la integridad física y psicológica.

El bloque de constitucionalidad está definido como un conjunto de principios y normas de derecho que, sin estar formalmente estipuladas en el articulado del texto constitucional, gozan del mismo reconocimiento en cuanto a la obligatoriedad de su cumplimiento en derecho interno de un Estado. Está conformado por todos los convenios y tratados ratificados por el Estado colombiano, producidos en las cumbres y reuniones en las cuales los delegatarios de dos o más países acuerdan puntos de apoyo que les permitirán dirimir conflictos. Respecto al derecho a la libertad de expresión contenido en el Artículo 20 de la Constitución Política, encontramos instrumentos de derecho internacional que respaldan su estatus de derecho fundamental.

La trascendencia del tema se debe a que este derecho es uno de los más relevantes en un sistema democrático como el nuestro, a pesar de que también es objeto de múltiples violaciones por parte de los particulares y del mismo Estado.

De igual manera, su importancia radica en la inclusión de este en la Constitución de 1991 y el desarrollo jurisprudencial que desde esa época ha hecho la Corte Constitucional, al fijar alcances y límites de los derechos fundamentales como el aquí investigado y sus consecuencias jurídicas.

Libertad de expresión

El derecho a la libertad de expresión, como derecho humano de gran significación, abarca más que el concepto de opinión: es el derecho del individuo de manifestar su pensamiento e idea, a no ser perseguido por ello y a buscar, recibir e impartir informaciones sin más limitaciones que las de carácter legal y los medios por los cuales se imparta, ya sea oral, escrita, etc. No obstante, también es preciso reconocer que la libertad de información y la libertad de prensa no son derechos absolutos, debido a que deben coexistir con otros fundamentales como el derecho a la intimidad.

Cuando la libertad de expresión es ejercida por los medios de comunicación, se enfoca al derecho a la información, razón por la cual los instrumentos internacionales sobre derechos humanos enfatizan en su protección y las restricciones para su ejercicio, ya que conlleva deberes y responsabilidades especiales para proteger derechos de las personas y el orden nacional.

De acuerdo con el Artículo 20 de la Constitución Política de Colombia, toda persona tiene derecho y libertad de expresar y difundir su pensamiento y sus opiniones, así como de informar, recibir información veraz e idónea y crear medios de comunicación para su materialización.

La Ley 586 de 2000 establece los elementos de la libertad de expresión:

- a. Se garantiza a toda persona la libertad de expresar y difundir su pensamiento y opiniones.
- b. Se garantiza a toda persona la libertad de informar y recibir información veraz e imparcial.
- c. Se garantiza a toda persona la libertad de fundar medios masivos de comunicación.
- d. Los medios masivos de comunicación son libres.
- e. Se garantiza el derecho a la rectificación en condiciones de equidad.
- f. No habrá censura en Colombia (Congreso de la República, 2000).

De ahí se desprende que el ejercicio de este derecho está relacionado con la práctica de los derechos políticos; por tanto, el ciudadano que tenga adecuado acceso a la información y a las propuestas que se difundan por cualquier medio idóneo podrá ejercer otros derechos reconocidos en un sistema democrático. Sin embargo, este deja de existir en el momento en el que se viole la esfera de la intimidad de las personas; por eso, la prensa libre de restricciones no puede tener en un Estado democrático más limitante que el respeto por los derechos de los individuos. Así, la libertad de expresión tiene una manifestación efectiva en el derecho que tiene toda persona de plasmar sus experiencias, concepciones intelectuales y creaciones espirituales en forma de obras literarias, artísticas, científicas o de cualquier naturaleza y de darlas a conocer, en el marco del respeto por los derechos y las garantías de las demás personas.

El valor que la Constitución le dio a la libertad de expresión e información ha sido un avance significativo en el camino para lograr la realización de un Estado social de derecho en la sociedad colombiana, pues no solo salvaguarda la legitimidad e idoneidad en la información, sino que sirve como garante de las libertades individuales.

Marco normativo

La Constitución Política establece:

Se garantiza a toda persona la libertad de expresar y difundir su pensamiento y opiniones, la de informar y recibir información veraz e imparcial, y la de fundar medios masivos de comunicación. Estos son libres y tienen responsabilidad social. Se garantiza el derecho a la rectificación en condiciones de equidad. No habrá censura (República de Colombia, 1991, art. 20).

Como derecho fundamental o derecho humano, la libertad de expresión se encuentra consagrada en el Artículo 19 de la Declaración universal de los derechos humanos de 1948 y ha sido incorporado en la Constitución de los Estados democráticos en relación con la libertad de prensa, la honra, el buen nombre y el derecho al trabajo, pero implica una serie de limitaciones.

El Artículo 19 de la Declaración universal de los derechos humanos indica:

Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y de recibir

informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión.

La Convención americana sobre derechos humanos o Pacto de San José, de 1969, en el Artículo 13, alude a la libertad de pensamiento y de expresión como el que sirve para buscar, recibir y difundir información de cualquier naturaleza y por cualquier medio, ya sea oral, escrito o cualquier otra forma; señala que no puede haber más restricciones que las de orden legal tendientes a asegurar el respeto por los derechos al buen nombre de las personas, a la protección de la seguridad y nacional, a la salud y a la moral pública. También enmarca disposiciones para garantizar el buen ejercicio del derecho genérico que constituye la libertad de expresión y los específicos como el que tiene la población de ser informada (Organización de Estados Americanos, 1969).

Por último, define la prohibición de propaganda en favor de la guerra, la cual también se encuentra en el Pacto internacional de derechos civiles y políticos.

En consonancia con este derecho, encontramos la libertad de reunión, manifestación y ejercicio de cultos, entre otros. De acuerdo con lo enunciado, el derecho a la libertad de expresión no es un derecho absoluto ni ilimitado, como tampoco lo es ningún otro derecho o libertad, toda vez que cada uno tiene un ámbito de aplicación o de ejercicio; si se ejerce fuera de este, puede configurarse violación a derechos de las personas, con mayor gravedad si se afectan sus derechos humanos.

En igual sentido, la Convención americana sobre derechos humanos trata en su Artículo 11 sobre la protección de la honra y de la dignidad. Según este, todas las personas tienen derecho a ser respetadas en su honra y dignidad, así como su privacidad y la de su familia, en diferentes ámbitos. El mismo instrumento establece en su Artículo 14 el derecho de rectificación o respuesta, es decir, cuando una persona ha sido afectada por manifestaciones que deterioren su honra o buen nombre por la difusión de información falsa, tendrá derecho a la rectificación por el mismo medio en el que fue difundida tal información, sin perjuicio de las demás acciones legales que surgieran del agravio; además, dispone que cualquier medio de difusión de información deberá tener por lo menos un responsable que no goce de inmunidad, para garantizar que las violaciones no se queden sin sanción por lo menos en un sentido social.

Las disposiciones contenidas en la Carta africana sobre los derechos humanos y de los pueblos, en su Artículo 9, instituye el derecho de todos los individuos a recibir y expresar información y opiniones en el marco de la ley (Organización para la Unidad Africana, 1981).

La Convención europea para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales indica en su Artículo 10 que toda persona tiene derecho a la libertad de expresión, que comprende la libertad de opinión y de recibir o de comunicar informaciones o ideas sin intervención del Estado ni fronteras que lo limiten (Consejo de Europa, 1950). Asimismo, le da una connotación derecho-deber e impone límites, como los demás instrumentos referenciados.

Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (1985) reafirma en su Artículo 13 que toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sean orales, por escrito, en forma impresa, artística o por cualquier otro procedimiento de su elección.

Los límites que por mandato constitucional y legal han sido puestos a la libertad de expresión son los que tienen que ver con los conflictos que se suscitan entre este y otros derechos que revisten más importancia y demandan una mayor protección por parte del derecho interno y de los instrumentos internacionales.

Desde la promulgación de la Constitución de 1991 hasta la fecha, las Altas Cortes, en especial la Corte Constitucional, han fijado los parámetros sobre cómo se puede hacer efectivo, así como su correlación con otras libertades y derechos constitucionalmente reconocidos, al tenor de la jurisprudencia de los órganos internacionales que versan sobre la materia.

Un caso concreto de la jurisprudencia producida por la Sala Segunda de Revisión de la Corte Constitucional es la Sentencia T-391 de 2007, en la que se recogen todos los instrumentos internacionales aplicables y fue proferida con ocasión de la acción de tutela instaurada por Radio Cadena Nacional S.A. (RCN) en contra del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera (Corte Constitucional, 2007).

Esta Sala, integrada por los magistrados Manuel José Cepeda Espinosa, Jaime Córdoba Triviño y Rodrigo Escobar Gil, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, profirió la Sentencia referenciada. En ella se destaca la doble connotación del derecho a la libertad de expresión: por un lado, se encontraban la

libertad de informar y la libertad de prensa y, por el otro, el derecho de la comunidad a ser informada de manera idónea. En este caso, dadas las características del programa radial sancionado y de los comunicadores que lo desarrollaban, el segundo no se cumplía, porque debido al lenguaje utilizado y a los temas tratados, a su contenido sexual y a que gran parte de la audiencia estaba conformada por niños o adolescentes, se contaminaba e inducía a esta población a realizar actividades de la misma naturaleza del tema del programa emitido.

Todas las instancias concluyeron que el programa radial y el asunto que trataba no eran aptos para un medio de comunicación masivo y que, en tal virtud, el contenido debía moderarse. Ordenaron al Ministerio de Comunicaciones hacer el respectivo seguimiento y aplicar las sanciones correspondientes en caso de reincidencia y determinaron que los comunicadores que lo desarrollaban no estaban ejerciendo su actividad social de manera adecuada, lo que interfería con el ejercicio de su profesión.

Se pueden ver el alcance y las restricciones al derecho de expresar libremente el pensamiento por medio de la prensa, que está llamada a cumplir el deber de informar. Aunque se reconoce que el sentido social del derecho a informar y ser informado es relevante, también lo es la información misma que se difunde, su contenido, las consecuencias que de ella se derivan y su impacto en la sociedad. La cadena radial demandada interpuso acción de tutela, que no prosperó por las razones anotadas, establecidas tanto en la jurisprudencia como en los instrumentos del derecho internacional (Corte Constitucional, 2007).

Para concluir, es pertinente considerar las decisiones y estipulaciones que versan sobre los límites y alcances del derecho a la libertad de expresión y sus múltiples connotaciones. En el desarrollo de la libertad de informar y de prensa, se debe tener en cuenta que estos se encuentran ligados con el derecho al trabajo, que de alguna manera se ve afectado por dichas restricciones; en últimas, es la audiencia la que decide lo que desea escuchar y, en el caso de los menores de edad, los padres o representantes deben estar al tanto de la formación de sus hijos e inculcar valores y principios que los orienten para evitar escuchar ese tipo de información.

LOS DERECHOS HUMANOS DE LAS VÍCTIMAS: UNA PERSPECTIVA DESDE LAS RESPONSABILIDADES DEL ESTADO Y DE LA SOCIEDAD CIVIL³²

La historia reconstruye en la memoria etapas sombrías de violación masiva de los derechos humanos: lagers, guetos, campos de concentración, desapariciones, fosas comunes; vocablos absurdos que nombran escenarios en donde se aniquila la dignidad humana.

El siglo XX marcó huella por episodios de violación masiva de derechos humanos: la guerra civil española, las matanzas nazis, la dictadura militar argentina y la violencia armada interna del Perú (1980-2000) son algunos de ellos.

Colombia, por su parte, se proclamó en la Constitución Política de 1991 como Estado social de derecho. También guarda en su historia etapas sombrías en las que la violación de los derechos humanos ha sido masiva y sistemática, como el desplazamiento interno. Esta situación se ha extendido por más de cincuenta años y ha alcanzado en 2013 más de seis millones de personas desplazadas (Acnur, 2016).

Para comprender a las víctimas y asumir responsabilidad ante ellas, es necesario implementar un sistema de justicia transicional con fundamento ético y moral. Sobre esta dimensión de los derechos humanos se trata el presente artículo,

32 Tomado del artículo elaborado en coautoría con Luis González León y Gilberto Ramírez para la Maestría en Derechos Humanos de la Universidad Sergio Arboleda, titulado "Responsabilidad del Estado y de la sociedad frente a las víctimas".

dividido en cuatro partes: 1. Superioridad ética y moral del Estado de derecho; 2. Función de la sociedad civil en procesos de verdad, justicia y reparación; 3. El clamor de las víctimas del conflicto armado interno en Colombia, y 4. Justicia transicional: un mecanismo justo para complementar los procesos ordinarios frente a las violaciones masivas de los derechos humanos.

Desde una perspectiva crítica, se aborda el análisis de la responsabilidad que les cabe al Estado y a la sociedad civil respecto a la violación masiva de los derechos humanos. Ambos tienen que asumir su responsabilidad ética y moral con la frágil condición humana, para así intervenir y curar las violaciones, reparar los desequilibrios, restablecer los puentes rotos, reconocer a las víctimas y rehabilitar al verdugo.

La tesis que se propone es que si bien es el Estado el que adhiere a los pactos internacionales, todos los miembros de la sociedad son responsables de velar por el respeto y la realización de los derechos humanos, puesto que la sociedad está obligada a reconocer a las víctimas y el Estado, mediante la justicia transicional, a reconocerla moralmente y a rehabilitarla, para superar el desasosiego que producen el olvido y el temor a la repetición. Se entiende por víctima a todas las personas que hubieran sufrido un daño, entendido de acuerdo con el concepto de daño amplio y comprehensivo (Corte Constitucional, 2012)³³.

Superioridad ética y moral del Estado de derecho

La responsabilidad del Estado en el derecho internacional de los derechos humanos tiene origen en normas consuetudinarias y en jurisprudencia internacional³⁴, campo en el que la Corte Interamericana de Derechos Humanos (1988) sentó precedente en sentencia del 29 de julio de 1988 sobre el caso Velásquez Rodríguez

33 De acuerdo con la Corte Constitucional (2012), se entiende por daño amplio y comprehensivo "todos los distintos fenómenos usualmente aceptados como fuente generadora de responsabilidad, entre ellos el daño emergente, el lucro cesante, el daño moral en sus diversas formas, el daño en la vida de relación, el desamparo derivado de la dependencia económica que hubiere existido frente a la persona principalmente afectada, así como todas las demás modalidades de daño, reconocidas tanto por las leyes como por la jurisprudencia, ahora o en el futuro. Según encuentra la Corte, la noción de daño comprende entonces incluso eventos en los que un determinado sujeto resulta personalmente afectado como resultado de hechos u acciones que directamente hubieren recaído sobre otras personas, lo que claramente permite que a su abrigo se admita como víctimas a los familiares de los directamente lesionados, siempre que por causa de esa agresión hubieren sufrido una situación desfavorable, jurídicamente relevante" (Corte Constitucional, 2012).

34 Puede verse Ibarra (2008).

contra Honduras. Invocó el Artículo 1.1. de la Convención americana de los derechos humanos, que impone a los Estados parte dos obligaciones: la de respetar los derechos y las libertades reconocidos en la Convención y la de garantizar el libre y pleno ejercicio de estos derechos a toda persona sujeta a su jurisdicción. En el párrafo 174 de la Sentencia en cita, la Corte señala que el Estado tiene el deber jurídico de prevenir, razonablemente, las violaciones de los derechos humanos; investigar con seriedad y con los medios a su alcance las violaciones que se hayan cometido dentro del ámbito de su jurisdicción, a fin de identificar a los responsables; imponer las sanciones pertinentes y asegurar a la víctima una adecuada reparación. Para comprender el alcance y desarrollo de los deberes jurídicos del Estado, se revisa la doctrina y la jurisprudencia internacional de la última década.

La obligación del Estado de prevenir, razonablemente, las violaciones a los derechos humanos

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (1988), en el párrafo 175, precisa que el deber de prevención abarca todas aquellas medidas de carácter jurídico, político, administrativo y cultural que promuevan la salvaguarda de los derechos humanos y que aseguren que las eventuales violaciones a los mismos sean consideradas y tratadas como un hecho ilícito que, como tal, acarrea sanciones para quien las cometa, así como la obligación de indemnizar a las víctimas por las consecuencias perjudiciales³⁵.

La obligación del Estado de investigar con seriedad

Este postulado busca el establecimiento de la verdad. Hay quienes defienden la tesis maximalista de hacer investigaciones e imputaciones exhaustivas e integrales para la totalidad de los delitos como única forma para cumplir los estándares internacionales de derechos humanos; sin embargo, la práctica ha mostrado que esto es complejo y oneroso.

Diego López-Medina (2010) analiza la experiencia colombiana y defiende la postura según la cual la garantía de los derechos de las víctimas no se agota en las exigencias maximalistas de integralidad y exhaustividad en la investigación y el juzgamiento. Es necesario optar por estrategias menos ambiciosas en términos

35 La misma Corte señala que es imposible enumerar las medidas de las que trata este párrafo, pero sí aclara que la práctica impune de la tortura y del asesinato representa una infracción.

de cantidad o integralidad y más concentradas en la razonable priorización de las conductas y de los individuos que deben ser investigados y juzgados en el marco de la ley.

El Artículo 15 de la Ley 975 de 2005, que se refiere al establecimiento de la verdad, impone a la Unidad Nacional de Fiscalía para la Justicia y Paz —creada mediante la Ley 975 de 2015— el deber de investigar, imputar y acusar el conjunto total de los delitos cometidos por los postulados al proceso de justicia y paz.

La obligación del Estado de imponer las sanciones adecuadas a los responsables de las violaciones

Con el establecimiento de la verdad mediante la investigación exhaustiva, se adelanta el establecimiento de la paz, pero esto no es concluyente. Se debe avanzar hacia el establecimiento de la responsabilidad penal, cuyo precedente fue sentado en los procesos posteriores a la Segunda Guerra Mundial.

La obligación del Estado de garantizar la reparación a las víctimas

Con fundamento en la Resolución 60/147 (Organización de Naciones Unidas, 2005) y a partir de la Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas, se insta a un tratamiento de las víctimas bajo el principio de dignidad y se llama a la garantía del acceso a mecanismos de justicia y reparación.

En un sentido práctico, el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional exhorta a la creación de herramientas que permitan la restitución de los derechos de las víctimas en donde se tenga en cuenta el proceso de indemnización y rehabilitación.

Función de la sociedad civil en procesos de verdad, justicia y reparación

El Estado y la sociedad se manifiestan como dos sistemas interconectados, lo que en la esfera de lo público es ostensible en transformaciones estructurales y funcionales donde en ocasiones no hay una frontera nítida (González, 2000). La Consultoría de los Derechos Humanos y el Desplazamiento (Codhes), DeJusticia y la Comisión de seguimiento a la política pública sobre el desplazamiento forzado son claros ejemplos de arreglos institucionales originados en la iniciativa

autónoma de la sociedad civil colombiana, con el propósito de apoyar el reconocimiento de las víctimas del conflicto armado interno.

La pregunta sobre la función de la sociedad civil en escenarios de transgresión masiva a los derechos humanos es constante en la obra de Primo Levi (2010). Curar las violaciones, reparar los desequilibrios, restablecer los puentes rotos y rehabilitar a la víctima comporta acción pública, asumida como trabajo mancomunado entre las instituciones del Estado y la sociedad civil para resolver el problema colectivo.

Primo Levi (2010) se pregunta sobre la acción de la sociedad civil no solo en el período posterior a, sino durante la transgresión masiva de los derechos humanos y anota que “aunque no pueda suponerse que la mayoría de los alemanes aceptara la masacre sin inmutarse, la verdad es que la escasa difusión de la verdad sobre los Lagers constituye una de las mayores culpas colectivas del pueblo alemán [...]” (p. 478).

Las palabras de Levi (2010) tienen una pesada carga moral. En efecto, la indiferencia colectiva ante la violación masiva de los derechos humanos, plantea, una actitud punible, “[...] vileza sin la cual no se habría llegado a las mayores atrocidades, y Europa y el mundo serían hoy distintos” (p. 478) e impone responsabilidad ética y moral a la sociedad civil.

En el caso colombiano, también es necesario aceptar la responsabilidad de la sociedad frente al conflicto armado, ya que “la participación activa de la sociedad civil es imprescindible para la construcción de un verdadero proceso de paz” (Universidad de Liverpool y Universidad de Irlanda, s. f., p. 8), debido a que mediante el fortalecimiento de esta, como actor relevante, se puede pensar en la construcción de una democracia en la que se ejerza una ciudadanía con los derechos de sustento indiscutible.

El clamor de las víctimas del conflicto armado interno colombiano

Colombia ha vivido un conflicto armado interno durante décadas, en el que la autoría de los crímenes contra la dignidad humana ha tenido diversos transgresores: las guerrillas, los grupos paramilitares, la mafia dedicada al narcotráfico y las bandas criminales. Sea uno u otro, a su paso han dejado muerte, desaparición, desalojo, desplazamiento y terror. Aunque de naturaleza compleja, el conflicto

colombiano ha desarrollado sus propios escenarios sistemáticos de devastación (López, 2010); tal es el caso de los sitios de retención de secuestrados ubicados en medio de la selva, estrategias de desaparición masiva y sistemas de abastecimiento rudimentarios.

Por otra parte están las víctimas, cuyo número asciende a más de ocho millones de personas según la Unidad para las Víctimas (s. f.). Es tal la dimensión del problema, que la cifra de desplazados —víctimas del conflicto armado interno que han sido obligadas a desalojar sus viviendas, abandonar su trabajo, separarse de sus familias y engrosar los corredores de pobreza ubicados en la periferia de las grandes ciudades— no es precisa. Las estadísticas oficiales, construidas sobre los datos reportados por el Sistema Único de Registro de Población Desplazada³⁶ difieren frente a las presentadas por Codhes y Acnur.

La situación de los desplazados es precaria. Algunos señalan que este grupo es el más vulnerable de Colombia, pero ¿qué pasa con los derechos fundamentales de la población desplazada? ¿Han sido resarcidos? Los estudios liderados por la misma Comisión de seguimiento a la política pública para la población desplazada muestran que las víctimas del conflicto armado interno no gozan efectivamente de los derechos fundamentales y que a un alto porcentaje ni siquiera se le garantiza el mínimo vital (Guerrero, Guerrero y Nisimblat, 2010). En este contexto, la pregunta sobre qué es lo que reclaman las víctimas del sistema jurídico y de la sociedad colombiana no se responde de manera taxativa.

La complejidad del conflicto armado interno colombiano es tan alta, que el Estado ha priorizado el reconocimiento a las víctimas con diferentes criterios: en ocasiones, es el autor de la violación de los derechos constitucionales; en otras, el momento en el que ocurrió la violación y en algunas, el resultado de la violación (desplazamiento, secuestro, familiar del desplazado, familiar del desaparecido, entre otros). Lo evidente es que las víctimas del conflicto armado interno colombiano están en mora de ser escuchadas, reconocidas y reparadas.

36 Así, por ejemplo, mientras Acción Social (2009) reportaba 3.452.712, para el mismo año Codhes (2009) mencionaba 4.629.190 desplazados y Acnur (2016) informaba que la cifra real podría duplicar la de Acción Social.

Justicia transicional: un mecanismo justo para complementar los procesos ordinarios

En períodos de cambio político, cuando es preciso enfrentar transgresiones masivas a los derechos humanos para restablecer la paz interna, se suelen implementar mecanismos de justicia extraordinarios y complementarios al sistema ordinario. Estos procesos se conocen con el nombre de justicia transicional.

Ruti G. Teitel (2003) desarrolló una genealogía que reconoce la complicada relación entre justicia transicional, verdad e historia y ubica los mecanismos de justicia transicional en una dimensión que trasciende los procesos jurídicos y políticos del Estado de derecho, en un sintagma que recoge elementos sociológicos, históricos, psicológicos y antropológicos.

La mirada jurídica de la justicia transicional es compleja, al demandar, hoy en día, la aplicación de instrumentos del derecho internacional de guerra, del derecho penal y del derecho de los derechos humanos.

La trasgresión masiva de los derechos humanos es una situación atípica del Estado de derecho, pero ocurre. El ataque terrorista del 11 de septiembre de 2001 (Fiss, 2009) en Estados Unidos y en el período de fortalecimiento de los grupos paramilitares (1990-2010)³⁷ en Colombia son hechos que están en la memoria reciente. La posibilidad, por muy remota que parezca, de que sucesos lúgubres como los ocurridos en los campos de concentración nazi se repitan justifica la creación de mecanismos eficientes de justicia transicional que, de manera extraordinaria, complementen los procesos ordinarios de justicia penal.

Teitel (2003) y Fiss (2009) coinciden al reconocer que, en un contexto globalizado, el derecho de los derechos humanos enfrenta nuevos desafíos: se favorece la identificación de fallas en la acción del Estado, pero también es posible presionarlo para que cumpla con la garantía de los derechos humanos. Un contexto de guerra representa un peligro mayor para la Constitución, incluso en un Estado

37 Guerrero, Guerrero y Nisimblat (2010) muestran que en las tres encuestas nacionales de verificación, adelantadas entre 2007 y 2010, las Autodefensas Unidas de Colombia fueron declaradas por las víctimas como el principal autor del desplazamiento forzado.

democrático (Fiss, 2009)³⁸, todo lo cual valida la existencia de mecanismos de justicia transicional.

En el Estado moderno, la sociedad civil es el complemento de la eficacia y de la legitimidad de las instituciones y es la base de construcción de un sistema democrático en el que se respeten las diferencias y se asegure el acceso efectivo a un marco de derechos.

En tal sentido, es necesario que las víctimas del conflicto armado interno sean escuchadas, reconocidas y reparadas. Se debe comenzar por la implementación de mecanismos extraordinarios y complementarios de justicia transicional, como una vía justa para restablecer la paz después de episodios de violación masiva de los derechos humanos.

38 Fiss (2009) señala que la guerra contra el terrorismo ha tenido un costo considerable para la Constitución de los Estados Unidos, al haber cuestionado varios principios constitucionales como el del debido proceso —tener un juicio justo—, de desplazarse libremente o de la prohibición de la tortura.

PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS EN EL MARCO DE ACCIONES CONTRA EL TERRORISMO³⁹

Para abordar el tema del terrorismo y de los derechos humanos, cabe señalar lo manifestado por Hisashi Owada (2009), juez de la Corte Internacional de Justicia que indicó que al tratar la cuestión del terrorismo, es importante recordar los dos aspectos en los que el Estado de derecho es relevante: en primer lugar, la idea de que el Estado de derecho debe prevalecer para proteger a la sociedad frente a atentados terroristas y toma al terrorismo como un crimen; en segundo lugar, el supuesto de que el Estado de derecho debe mantenerse estricto a la hora de explorar medidas antiterroristas efectivas. Por esta razón, son los Estados los que deben garantizar a la sociedad una protección efectiva de sus derechos.

De acuerdo con la Oficina del alto comisionado de las Naciones Unidas para los derechos humanos (2001), la relación entre la lucha contra el terrorismo y los derechos humanos ha recibido considerable atención desde la creación del

39 Se habló por primera vez de terrorismo en el siglo XVIII durante la Revolución Francesa. En ese entonces, el terror era considerado una forma de gobernar, necesaria para hacer triunfar los ideales revolucionarios. Robespierre (2010) señalaba: "Si el principal instrumento del Gobierno popular en tiempos de paz es la virtud, en momentos de revolución deben ser a la vez la virtud y el terror: la virtud, sin la cual el terror es funesto; el terror, sin la cual la virtud es impotente. El terror no es otra cosa que la justicia rápida, severa e inflexible; emana, por lo tanto, de la virtud; no es tanto un principio específico como una consecuencia del principio general de la democracia, aplicado a las necesidades más acuciantes de la patria" (p. 220). La voz "terrorismo" quedó consignada en el suplemento de la Dirección de la Academia Francesa de 1798 como sistema, régimen de terror (Laqueaur, 2003).

Comité contra el Terrorismo en 2001. En su Resolución 1456⁴⁰ y en otras posteriores, el Consejo de Seguridad ha señalado que es deber de los Estados velar porque todas las medidas adoptadas para combatir el terrorismo se ajusten a las obligaciones que les incumben en virtud del derecho internacional y garantizar que estén en consonancia con el mismo, en particular con las normas relativas a los derechos humanos, el derecho de refugiados y el derecho humanitario.

Según la Oficina del alto comisionado de las Naciones Unidas para los derechos humanos (2001), el terrorismo tiene efectos muy reales y directos sobre los derechos humanos, con secuelas devastadoras para el ejercicio del derecho a la vida, la libertad y la integridad física de las víctimas. Además de ese costo individual, el terrorismo desestabiliza Gobiernos, socava la sociedad civil, pone en peligro la paz y la seguridad y amenaza el desarrollo social y económico. Todos estos tienen también efectos reales sobre el goce de los derechos humanos.

A partir de los sucesos del 11 de septiembre de 2001 y de la campaña de guerra contra el terrorismo emprendida por la administración de George W. Bush, varios intelectuales han analizado la legitimidad de la guerra justa y los riesgos que esta genera frente a los derechos humanos y los principios del Estado de derecho.

En ese contexto, se analizan algunos de los efectos desencadenados en el escenario de la guerra contra el terror⁴¹ sobre los principios constitucionales de Estados Unidos. En primer lugar, se presentan algunas concepciones sobre la guerra justa; luego, se enuncia el marco de referencia de tratados y convenios internacionales y por último, se contextualiza el método con el que se construyó la lucha contra el terrorismo desde la administración de George W. Bush.

Algunas perspectivas de la guerra justa

Si bien el concepto de guerra justa tiene sus raíces en Roma, se desarrolla en el pensamiento cristiano medieval y planteó la necesidad de validar las intervenciones de corte armamentista.

40 Aprobada por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas en su 4688ª sesión, celebrada el 20 de enero de 2003.

41 La guerra contra el terrorismo es el nombre asignado a la campaña emprendida por el Gobierno de los Estados Unidos y apoyada por otros Estados miembros de la OTAN, que busca acabar con el terrorismo internacional y eliminar sistemáticamente a los grupos terroristas.

En tiempos más recientes también se ha usado el término para referirse a una legitimación de los métodos implementados en la confrontación armada. Desde el pensamiento cristiano de san Agustín de Hipona, en el siglo VI y de santo Tomás, en el siglo XIII, se consideraba la causa justa como aquella que se declaraba a quien mereciera alguna culpa (Arbeláez, 2012).

En el siglo XVI, el pensador español Francisco de Vitoria planteó la noción de guerra justa con base en los conceptos de san Agustín y santo Tomás para sostener las causas legítimas de una guerra, con el argumento de que para lograr la paz y la seguridad era necesario mantener alejado al enemigo. Vitoria señalaba como causa justa la injuria y rechazaba los motivos de expansión territorial o de provecho particular del príncipe.

Tiempo después de los Tratados de Westfalia, firmados en 1648, la guerra dejó de verse como un medio para dirimir conflictos relacionados con el plano religioso y pasó a ser concebida como una forma de resolver disputas entre los soberanos de Europa (Tilly, 1990).

Según Charles Tilly (1990), a partir de estos Tratados se hicieron esfuerzos desde el derecho internacional por crear leyes que permitieran definir un marco común entre la guerra y un código de conducta militar. Para las cuestiones relacionadas con la guerra, desde este período se instituyeron reglas como el uso del uniforme y la distinción de la sociedad civil.

Las normas de regulación de la guerra se dividen en dos: 1) la forma de llevar las hostilidades que vincula los medios y métodos, y 2) reglas relacionadas con la protección de la sociedad civil, soldados fuera de combate y personas encargadas de actividades sanitarias de las Fuerzas Armadas y de la población civil (Arbeláez, 2012).

La doctrina de la guerra justa⁴²

Su concepto surge al considerar la guerra como una anomalía con fines perversos, pero que debía aceptarse para evitar efectos mayores. Esta teoría nace en el

42 El presente subacápite toma como base el trabajo elaborado en coautoría con Pablo Roa Cárdenas, en el marco del programa de Maestría en Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario de la Universidad Sergio Arboleda, titulado "Protección de los derechos humanos en situaciones de conflicto" y publicado en 2010 en la *Revista de estudios en Derecho y Gobierno*, 3(2), 65-74.

cristianismo con la finalidad de defender a Occidente de peligrosas amenazas (Roa y Ramírez, 2010).

Se debe tener muy clara la frontera entre la autodeterminación de los Estados para dirimir sus conflictos y la necesaria intervención humanitaria, con el fin de concluir el dilema acerca de la injerencia en la soberanía de los Estados (Seara, 1983). Por ello, se han asumido diversas posiciones frente a la política asumida por Estados Unidos respecto a Vietnam y al ataque del 11 de septiembre; entre ellas, se destaca la de los comunitaristas⁴³. Sobresale Michael Walzer (2008), quien ha manifestado que el principio de intervención humanitaria busca salvar la existencia de una comunidad y, por eso, cuando hay conflictos entre Naciones que comprometen a la comunidad, cualquier Estado debería tener el derecho a acudir en ayuda.

Convenios y tratados internacionales

- Convenio internacional para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas, adoptado por la Asamblea de las Naciones Unidas en su Resolución A/RES/52/164 de 15 de diciembre de 1997. Se vio la necesidad de intensificar la cooperación internacional entre los Estados, con miras a instaurar medidas eficaces y prácticas para prevenir esos atentados y enjuiciar y castigar a sus autores.
- Convenio internacional para la represión de la financiación del terrorismo, aprobado por la Asamblea General de Naciones Unidas en su resolución A/RES/54/109 de 9 de diciembre de 1999. Apunta a intensificar la cooperación internacional entre los Estados, con el fin de elaborar y adoptar medidas eficientes para prevenir la financiación del terrorismo y reprimir mediante el enjuiciamiento y el castigo de sus autores.
- Convenio internacional para la represión de los actos de terrorismo nuclear. Conforme a la Resolución 51/210 de la Asamblea General, se creó un comité especial encargado de instalar, entre otras cosas, este Convenio y así complementar los instrumentos internacionales vigentes conexos,

.....
43 Las tres cabezas visibles de este enfoque son Michael Walzer, Alasdair MacIntyre y Michael Sandel. Según Walzer (2008), debemos mantener el principio comunitarista de que los ciudadanos de cualquier Estado podrán alcanzar el desarrollo de la libertad por la que luchan de mejor manera si la comunidad internacional se limita a dar apoyo moral.

pues los actos de terrorismo nuclear pueden acarrear consecuencias de la máxima gravedad y amenazar la paz y la seguridad internacionales.

Estos instrumentos que han abordado el tema tienen un común denominador: erradicar o, por lo menos, disminuir significativamente los actos terroristas y proteger la vulneración de derechos humanos causados por estos.

La guerra contra el terror en la administración de George W. Bush

Este concepto fue desarrollado en el gobierno de George W. Bush con el fin de movilizar a la sociedad estadounidense después del ataque del 11 de septiembre y derrotar a los terroristas, quienes no hacen distinción entre combatientes y no combatientes.

En el documento *National Strategy for Combating Terrorism* (The White House, 2006) se determinó que el terrorismo es la violencia premeditada y políticamente motivada de grupos subnacionales o agentes clandestinos contra no combatientes, con el fin de subvertir la ley y el orden y lograr un cambio por medio de violencia y miedo.

Medidas de lucha contra el terrorismo y respeto de las garantías del Pacto internacional de derechos civiles y políticos

En junio de 2006, el Comité de Derechos Humanos presentó unas cuestiones que deben abordarse en los informes periódicos de Estados Unidos, entre ellas: i) ¿cómo es la conciliación entre la autorización del uso de la fuerza militar y la definición de terrorismo en la legislación nacional?; ii) ¿cómo va a garantizar el Estado parte el respeto de los derechos consagrados en el Pacto en sus actividades de lucha contra el terrorismo?; iii) ¿cómo se concilian las prácticas de centros de detención secretos, en buques y aeronaves, en relación con los Artículos 7, 9 y 10 del Pacto?; iv) se debe proporcionar la información sobre la identidad, el lugar de origen, la ubicación del lugar de reclusión y el número de personas detenidas en Guantánamo, y v) ¿cómo se armonizan tales prácticas con el Artículo 17 del Pacto? (Organización de Naciones Unidas, 2006).

En cuanto al trato de las personas privadas de libertad (Artículo 10 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos), entre las cuestiones que deben

abordarse al examinar los informes periódicos 2 y 3 de los Estados Unidos, el Comité de Derechos Humanos demanda explicación sobre cuáles son las condiciones de detención y los derechos de los reclusos en las prisiones federales y estatales de máxima seguridad, en comparación con los presos ordinarios y cuáles son las medidas que ha adoptado el Estado parte para proteger a los reclusos en las prisiones federales y estatales ante violaciones, abusos u otros actos de violencia. La finalidad de estos cuestionamientos es hacer un examen del progreso, de la cooperación y del compromiso que han asumido los Estados para eliminar el terrorismo y dar un mayor alcance a la protección de los derechos fundamentales que se ven vulnerados por esta práctica.

La guerra contra el terrorismo y su impacto para los Estados Unidos

Este tema tiene una afectación en la historia de Estados Unidos, en concreto en la Administración de 2001 a 2008. Una de las primeras acciones de Barack Obama al asumir la Presidencia fue manifestar el rechazo hacia esta situación y por ello emitió decretos que permitieran darle fin a la tortura, las detenciones ilegales, las cárceles secretas de la CIA, los traslados de presos a regímenes dictatoriales y toda forma de trato violatorio de derechos y de principios humanitarios respecto a los detenidos.

Un ejemplo del abuso de poder se observa en Abu Ghraib y en Guantánamo, lo que evidenció que la guerra, incluso por causa justa, es una salida que amenaza y vulnera los principios democráticos y la protección de los derechos humanos. A partir de las acciones adelantadas entre 2001 y 2008 por el gobierno de George W. Bush en la guerra contra el terrorismo, se determina que no se cumplen los preceptos de una guerra justa, por la amenaza a los derechos humanos.

En el marco interamericano, se ha señalado que la campaña de los Estados contra el terrorismo ha brindado la oportunidad de elaborar normas internacionales encaminadas a la prevención, supresión y erradicación de las diversas formas de violencia terrorista. Este sector de la reglamentación internacional es significativo y ofrece muestras de las acciones de los Estados para proteger a sus ciudadanos. Como lo ha puesto de relieve la Comisión, los Estados miembros de la OEA están obligados a garantizar la seguridad de sus poblaciones, lo que incluye las medidas necesarias para investigar, juzgar y castigar los actos de este tipo (Corte

Interamericana de Derechos Humanos, 1992). Estas prescripciones también forman parte del marco internacional dentro del cual deben interpretarse y ejecutarse las obligaciones de los Estados miembros.

De acuerdo con la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2002), las normas y los principios pertinentes del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario son aplicables en tiempos de paz, estados de emergencia y conflictos armados para que los Estados puedan emprender iniciativas antiterroristas. Incluso el exsecretario de las Naciones Unidas, Ban Ki-moon (Radio ONU, 2015), ha instado a las Naciones a luchar contra el terrorismo al respetar estrictamente los derechos humanos y advierte que es contraproducente cometer abusos en nombre de esa causa.

Por lo anterior, se puede afirmar que tanto las formas de terrorismo en el siglo XXI como la noción de guerra han cambiado y por ello debe reconsiderarse la decisión de ir a una guerra y su aceptación como recurso político de los Estados de derecho.

ANÁLISIS DE LA SENTENCIA DEL CASO MANUEL CEPEDA VARGAS VS. COLOMBIA ANTE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: ENTRE LA EQUIDAD Y EL *ONUS PROBANDI*, UN POSIBLE CASO DE ALIGERAMIENTO PROBATORIO ¿*RES IPSA LOQUITUR*?⁴⁴

El presente capítulo parte de un análisis de la jurisprudencia vigente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia probatoria, desde el concepto según el cual corresponde a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que aquellas persiguen —*onus probandi incumbit actori*— y de la responsabilidad de la carga probatoria intrínseca con la que cuenta el Estado parte de la Convención.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (2010a) declaró la responsabilidad del Estado colombiano por el incumplimiento de las obligaciones de respeto y garantía de los derechos humanos reconocidos por la Convención americana de derechos humanos a causa del homicidio del exsenador Manuel Cepeda Vargas. La reparación otorgada en este caso se realizó con fundamento en lo previsto en el principio de subsidiariedad y complementariedad contenido en el Preámbulo y los Artículos 46.1.a) y 61.2, tasada conforme al Artículo 63.1 de la misma Convención. Tales previsiones normativas imponen a la Corte determinar el monto a resarcir por parte del Estado denunciado, con base en los hechos

44 Este texto fue escrito en colaboración con Pablo William Roa.

demostrados a lo largo del procedimiento tanto en Comisión como en Corte (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2001b; 2010b).

En primer lugar, se presenta una breve descripción del caso; luego, el análisis probatorio de la Corte, una revisión a la decisión en equidad, la línea jurisprudencial en materia de carga de prueba y, por último, conclusiones.

El caso. Análisis y consideraciones de la Comisión y de la Corte a los supuestos fácticos

Las violaciones a los derechos humanos fueron denunciadas mediante el mecanismo de petición individual el 16 de diciembre de 1993 por las organizaciones Corporación Reiniciar, Comisión Colombiana de Juristas y Colectivo de abogados “José Alvear Restrepo”. Fue declarada como admisible por la Comisión el 12 de marzo de 1997, como Caso 11.227 José Bernardo Díaz y otros, “Unión Patriótica”, Informe. 05/97.

En mayo de 2005, el Colectivo de abogados “José Alvear Restrepo” y la Fundación “Manuel Cepeda Vargas” solicitaron a la Comisión que diera por concluida la etapa de búsqueda de solución amistosa respecto a la muerte del senador Manuel Cepeda Vargas y que procediera al trámite, a efecto de la obtención de las pretensiones que motivaron la reclamación. A partir de este momento, el caso del senador Cepeda fue desglosado del Caso 11.227 José Bernardo Díaz y otros, “Unión Patriótica” y se registró con el número 12.531. El 25 de julio de 2008, la Comisión aprobó el informe de fondo e hizo recomendaciones al Estado colombiano, el cual manifestó no estar conforme con la decisión.

El 14 de noviembre de 2008, en los términos del Artículo 51.1 de la Convención y 44 de su Reglamento, la Comisión sometió el caso del senador Cepeda a la consideración y jurisdicción de la Corte, designó como delegados al señor Víctor Abramovich y al secretario ejecutivo señor Santiago A. Canton y como asesores legales a la secretaria ejecutiva adjunta Elizabeth Abi-mershed, a las señoras Verónica Gómez y Karin Mansel y al señor Juan Pablo Albán Alencastro.

La Comisión solicitó a la Corte declarar responsable al Estado de Colombia por la violación de los derechos a la vida, la integridad personal, las garantías judiciales, la protección de la honra y de la dignidad, la libertad de pensamiento y expresión, la libertad de asociación, los derechos políticos y la protección

judicial, reconocidos respectivamente en los Artículos 4, 5, 8, 11, 13, 16, 23 y 25 de la Convención americana, en relación con el Artículo 1.1 de la misma, en perjuicio de Manuel Cepeda Vargas y por la violación de los derechos a la integridad personal, las garantías judiciales y la protección judicial, instituidos en los Artículos 5, 11, 8 y 25 de la Convención en perjuicio de los familiares del fallecido y del derecho de circulación y residencia, reconocido en el Artículo 22 de la Convención relacionado con el Artículo 1.1 de la misma en perjuicio de Iván Cepeda Castro y María Cepeda Castro y sus familias y solicitó ordenar la reparación al Estado colombiano (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2010a).

El 4 de abril de 2009, los representantes de las víctimas presentaron ante la Corte un escrito de solicitudes, argumentos y pruebas, en el cual hicieron referencia a los supuestos fácticos señalados en la demanda de la Comisión, con especial énfasis en el contexto de política de Estado en el que sucedieron y la impunidad en la que quedaron.

La Comisión también solicitó condenar al Estado por su presunta responsabilidad en el homicidio del último senador electo de la Unión Patriótica, dados la importancia y el alcance de las violaciones a los derechos establecidos en la Convención americana, así como sus efectos en el partido, el electorado que representaba y el medio de comunicación al que pertenecía la víctima (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2010a).

Además, pidió que se declarara el incumplimiento de la obligación de adecuación, fijada en el Artículo 2 de la Convención americana, por cuanto se denunciaron políticas estatales que enmarcaron la desmovilización de los paramilitares y respaldaron la impunidad del caso concreto, contexto que ha sido demostrado en las sentencias relacionadas con Colombia como en los casos Mapiripán, Pueblo Bello, Ituango y La Rochela (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2005c; 2006b; 2006d; 2007b).

Pronunciamiento del Estado

El 4 de julio de 2009, el Estado de Colombia presentó el escrito de contestación a la demanda formulada por la Comisión y observaciones al escrito de solicitudes, argumentos y pruebas presentado por los representantes de las víctimas; alegó excepciones preliminares.

En dicho escrito reconoció parcialmente la responsabilidad internacional del Estado por la violación de los derechos a la vida, integridad personal, honra y dignidad, libertad de expresión, derechos políticos, garantías judiciales y protección judicial. Asimismo, solicitó a la Corte que, de no prosperar las excepciones preliminares, declarara que no existió una política estatal con el fin de dar muerte al señor Manuel Cepeda Vargas, que no se probó la existencia del presunto “plan golpe de gracia” y que no hubo un patrón sistemático de violencia contra los miembros de la Unión Patriótica “en cabeza del Estado”.

Negó la existencia de las violaciones de los derechos reconocidos en los Artículos 16, 22 y 44 de la Convención americana y, en cuanto a las reparaciones, solicitó que se limitaran a los familiares inmediatos del senador Manuel Cepeda, se aceptaran aquellas ofrecidas por el Estado, inclusive las indemnizaciones otorgadas en los procesos contenciosos administrativos y, en consecuencia, se rechazaran las medidas adicionales de reparación solicitadas por la Comisión y los representantes. El Estado designó como sus agentes a las señoras Ángela Margarita Rey Anaya, Juana Inés Acosta López y Martha Cecilia Caya Calle (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2010a).

Los hechos y las omisiones controvertidas durante el juicio

Durante el juicio, el Estado colombiano aceptó haber omitido su deber de evitar la muerte del senador Cepeda, ofreció disculpas a los familiares y pidió perdón por tal omisión. Sin embargo, logró controvertir los siguientes aspectos de hecho, razón por la cual el asunto debió ser sometido a estudio por la Corte Interamericana y resuelto mediante sentencia:

- a. Aquellos relacionados con el alegado patrón de violencia o ataque sistemático en contra de dirigentes y miembros de la UP.
- b. La supuesta existencia de un plan estatal para concebir y ejecutar el asesinato del senador Cepeda Vargas y, en específico, del llamado “plan golpe de gracia”.
- c. La alegada participación de agentes estatales como autores intelectuales del crimen.
- d. La supuesta vinculación con grupos paramilitares para la comisión del homicidio.

- e. La alegada falta de la obligación de investigar diligentemente a todos los posibles partícipes en los hechos.
- f. La existencia de presuntas declaraciones realizadas por altos funcionarios del Estado que hubieran vulnerado el derecho a la honra del senador Cepeda.
- g. Amenazas que presuntamente habrían recibido los familiares por sus acciones para obtener justicia y verdad.
- h. La alegada violación del Artículo 5 de la Convención y del derecho de los familiares a la honra por supuestas declaraciones emitidas por altos funcionarios estatales en su contra.
- i. La alegada violación de los Artículos 5 y 22 de la Convención en relación con el supuesto exilio sufrido por Iván Cepeda, María Cepeda y Claudia Girón, hijos del senador asesinado.

Análisis probatorio: temas probatorios relevantes de la sentencia

En virtud de que el Estado demandado formuló excepción preliminar de “falta de competencia”, fundada en que la Corte no la tendría para calificar un acto como un crimen de lesa humanidad en su función de aplicación de los instrumentos interamericanos, la Corte aclaró que lo que le correspondía no era “determinar responsabilidades individuales, cuya definición compete a los tribunales penales internos o internacionales, sino conocer los hechos traídos a su conocimiento y calificarlos en el ejercicio de su competencia contenciosa, según la prueba presentada por las partes” (párr. 41), para lo cual citó los casos Cantoral Huamaní y García Santa Cruz vs. Perú y Kawas Fernández vs. Honduras⁴⁵.

Agregó:

[...] en casos de violaciones graves a los derechos humanos, la Corte ha tomado en cuenta, en el análisis de fondo, que tales violaciones pueden también ser caracterizadas o calificadas como crímenes contra la humanidad, por haber sido cometidas en contextos de ataques masivos y sistemáticos o generalizados hacia algún sector de la población (párr. 41).

.....
⁴⁵ En relación con el referido caso y para una información detallada sobre el mismo, puede consultarse http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_196_esp.pdf

Esto no implica que se impute un delito a persona natural alguna, porque este no es el fin de la competencia jurisdiccional de la Corte.

Explicó también que:

[...] en casos de alta complejidad fáctica, ocurridos en prolongados períodos, y en los que se alega la existencia de patrones o prácticas de violaciones de derechos humanos de carácter masivo, sistemático o estructural, es más difícil aún pretender una delimitación estricta de los hechos (párr. 50).

Por ello, no es necesario “realizar una distinción o categorización de cada uno de los hechos alegados, pues la *litis* planteada sólo puede ser dirimida a partir de una valoración conjunta de todas las circunstancias propuestas” (párr. 50).

Por último, anotó que la responsabilidad internacional del Estado se funda en actos u omisiones de cualquier poder u órgano de este, independientemente de su jerarquía, que violen la Convención americana y que para establecer que se ha producido una violación de los derechos consagrados en la Convención no se requiere determinar la culpabilidad de sus autores o su intencionalidad, como sí ocurre en el derecho penal interno. Tampoco es preciso identificar individualmente a los agentes a quienes se les atribuyen los hechos violatorios y es suficiente la demostración de que ha habido apoyo o tolerancia del poder público en la infracción de los derechos reconocidos en la Convención, omisiones que hayan permitido la perpetración de esas violaciones o una obligación del Estado que haya sido incumplida por este⁴⁶.

Incumbencia o carga probatoria

Este principio se encuentra consagrado en los Artículos 35, 36, 40 y 41 del Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2009a). Según Jairo Parra Quijano (2011), se denomina “autorresponsabilidad” y enseña que es a la parte a quien incumbe “aportar al proceso las pruebas de sus alegaciones y de las normas que establecen los efectos perseguidos y, por lo tanto, es a ella a quien le corresponde sufrir las consecuencias de su propia inactividad” (p. 261).

Onus probandi incumbit actori: al actor le corresponde probar.

46 Para hacer estas afirmaciones, la Corte se apoyó en su propia doctrina, sentada en los casos de los 19 comerciantes vs. Colombia (2002), Cantos vs. Argentina (2002), Hilaire, Constantine y Benjamin y otros vs. Trinidad y Tobago (2002) y Masacre de Mapiripán vs. Colombia (2005).

Reus in excipiendo fit actori: el demandado que excepciona ocupa la posición del demandante.

La jurisprudencia de la Corte Interamericana ha reconocido este principio en varias de sus decisiones, entre las que pueden mencionarse las dictadas en el caso Trabajadores cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú, Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos y Escher y otros vs. Brasil⁴⁷.

Según lo expresado por la Corte (2010a), al resolver la excepción previa de “falta de competencia” (párr. 36), “la existencia, valoración o relevancia de los [hechos] será determinada únicamente a partir de los elementos probatorios aportados por las partes en este caso” (párr. 36).

La probabilidad prevalente de la ocurrencia del hecho, la inversión de la carga de probar y la excusa de la prueba

El concepto de carga probatoria debe ser visto desde un ángulo diferente en el Sistema interamericano de protección de derechos humanos. Desde los primeros casos de la Corte Interamericana —Velásquez Rodríguez, Godínez Cruz y Neira Alegría, entre otros—, ha sostenido que la responsabilidad de la carga probatoria le corresponde al Estado denunciado, pues tiene el control de los medios para aclarar los hechos ocurridos dentro de su territorio.

En el caso en estudio, la Corte Interamericana determinó que “lo relevante es que fueron expresas y numerosas las solicitudes de protección que se realizaron a favor del senador Cepeda Vargas ante diversas autoridades estatales, inclusive ante altos funcionarios del poder Ejecutivo” (párr. 100). De igual modo, advirtió que “las autoridades se abstuvieron injustificadamente de protegerlo, o que las pocas medidas adoptadas fueron claramente insuficientes, en un contexto de violencia contra miembros y dirigentes de la UP, lo que imponía al Estado una obligación especial de prevención y protección” (párr. 100).

Afirmó la Corte:

[...] independientemente de la existencia de un plan específicamente denominado “golpe de gracia”, la Corte considera que sí existió una estructura organizada que

.....
47 Según Micheli (1961), el fenómeno de la carga consiste en que “la ley en determinados casos atribuye al sujeto el poder de dar vida a la condición (necesaria y suficiente) para la obtención de un efecto jurídico considerado favorable para dicho sujeto” (p. 99).

determinó, planificó y llevó a cabo la ejecución del senador Cepeda Vargas [lo cual] exigía la actuación pronta e inmediata de las autoridades policiales, fiscales y judiciales ordenando medidas oportunas y necesarias dirigidas a la determinación de los responsables de las amenazas y de los crímenes acontecidos en el mismo contexto (párr. 101).

Esta misma posición ha sido asumida por la Corte en casos anteriores. Así, en *Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia* (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2006b), el Tribunal sentenció al demandado al pago de perjuicios, con fundamento en la omisión de desactivar concreta y efectivamente el riesgo que el propio Estado había contribuido a crear con la expedición de normas que permitieron la articulación de grupos paramilitares, regla que también se observó en *Masacre de Mapiripán vs. Colombia* y en *Valle Jaramillo y otros vs. Colombia*, casos en los cuales la Corte ya contaba con un contexto de la aquiescencia del Estado y los grupos de autodefensa suficientemente probado en su jurisprudencia. Sin embargo, una de las conquistas jurídicas en el caso de Manuel Cepeda Vargas fue la admisión de la incompetencia de la Corte, en razón al tiempo para conocer de peritos que iban a relatar el escenario de persecución estatal a grupos de izquierda en Colombia en años anteriores a la aceptación de competencia de la Corte.

De otro lado, el derecho probatorio ha aceptado que en algunos casos, cuando el demandado se encuentra en mejores condiciones de demostrar algunos hechos, a él le corresponde acreditarlos y no al demandante; en otros, se dispensará a este de probar lo que ha sido alegado, en atención a criterios de determinación de posibilidad y probabilidad.

Explica la doctrina que la regla de inversión de las cargas probatorias a las que se hace alusión tiene sustento en el cálculo de las probabilidades (Nisimblat, 2009). La probabilidad es la ciencia perfeccionada en el siglo XIX por Piere Simón Laplace, que estudia la ocurrencia de los fenómenos desde una perspectiva matemática, a partir de la reducción de todos los eventos de un mismo tipo a un cierto número de casos igualmente posibles, es decir, aquellos de los cuales existe igual indecisión sobre su existencia (Nisimblat, 2009).

La ocurrencia de un hecho, afirma la teoría, solo puede verificarse en la medida en que sea posible. La posibilidad de que un hecho ocurra puede demostrarse con base en un argumento lógico, o sea, aquel que tiene como única restricción el que

lleva a contradicción manifiesta en sí misma o bien en la física, en tanto no contradice las leyes naturales o en la técnica, que permite su verificación mediante mecanismos de contrastación.

Establecida la posibilidad se determina la probabilidad; esta última es “el rango de ocurrencias que un fenómeno puede presentar en un determinado tiempo y bajo unas mismas condiciones” (Nisimblat, 2009, p. 13) o “la razón entre el número de casos favorables y el de todos los casos posibles” (Laplace, 1812, p. 13).

Con estas premisas, si una parte alega como supuesto de hecho, por ejemplo, haber sido asesinada dos veces, el juez le contestará “es imposible” y para ello bastará su conocimiento de las leyes de la naturaleza para encontrar la evidente contradicción, pues según el estado actual de la ciencia una persona solo puede morir una vez. Si, por el contrario, la misma parte alega haber sido objeto de conato de asesinato cada vez que acudió a un lugar y lo demuestra luego de determinar probatoriamente la ocurrencia de los hechos anteriores, el juez deberá tener por probable que, si se vuelve a acercar, otra vez intentarán atentar contra su vida.

En virtud de la obligación de garantía, la responsabilidad del Estado de Colombia en el caso de Manuel Cepeda Vargas queda en evidencia a partir del análisis de los procedimientos que, en sede de la jurisdicción interna, se adelantaron con el fin de esclarecer la verdad, la justicia y la reparación integral (González y Sanabria, 2013). Al ser infructuoso el cumplimiento de su obligación convencional y en especial con los derechos humanos a las garantías judiciales y protección judicial, la Corte Interamericana analizó todos los procesos tramitados en las jurisdicciones disciplinaria, contencioso administrativa y penal ordinaria. Halló que prevalecía la impunidad, puesto que los trámites internos no habían sido desarrollados en un plazo razonable, ya que llevaban más de dieciséis años en investigaciones infructuosas; además, no se logró demostrar el uso de recursos efectivos para garantizar el acceso a la justicia, investigar y sancionar a todos los partícipes en la comisión de las violaciones —incluida la posible participación de miembros de autodefensa— y reparar integralmente las consecuencias de las violaciones. Con fundamento en las consideraciones precedentes y en el reconocimiento parcial de responsabilidad, la Corte concluyó que el Estado era responsable por la violación de los Artículos 8.1 y 25 de la Convención, en relación con el Artículo 1.1 de la misma, en perjuicio del senador Manuel Cepeda

Vargas y sus familiares (González y Sanabria, 2013). Esto permite afirmar que los procedimientos internos configuran un elemento probatorio contundente para demostrar la inoperancia del Poder Judicial y de paso acarrea el incumplimiento de la obligación de garantía.

Teoría o doctrina del estoppel: el valor de la posición propia

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha venido sosteniendo el valor que tienen los alegatos de las partes, en especial la demandada, cuando en ellos el Estado se allana o confiesa el acto denunciado como violatorio de los derechos humanos y para ello ha aplicado sistemáticamente la doctrina del estoppel.

La expresión estoppel proviene del francés *estoupail*, que traduce “tapón” o “estop”, que proviene del antiguo francés *estopper*, en el sentido de “detener, impedir”. En inglés, los vocablos *estop* y *stop* significan “detener”.

A continuación, se presentan algunos de los casos en los cuales la Corte ha acudido a esta doctrina:

- Masacre de La Rochela vs. Colombia: “En el presente caso, el Estado efectuó un reconocimiento parcial de responsabilidad internacional en el procedimiento ante la Comisión, el cual tiene plenos efectos jurídicos” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2007b, párr. 8).
- Montero Aranguren y otros (retén de Catia) vs. Venezuela: conforme con su jurisprudencia, la Corte (2006e) considera que un Estado que ha adoptado una determinada posición que produce efectos jurídicos, no puede luego, en virtud del principio del estoppel, asumir una conducta contradictoria con la primera y que cambie el estado de las cosas con la cual se guió la otra parte. El desconocimiento hecho por el Estado del acuerdo suscrito entre este y los peticionarios el 3 de marzo de 2000 y de la responsabilidad internacional por las violaciones alegadas durante el trámite ante la Comisión, contenido en dicho acuerdo y en otras manifestaciones del Estado, no procedía en virtud del referido principio del estoppel, por lo que el reconocimiento de responsabilidad tenía plenos efectos jurídicos.
- Acevedo Jaramillo y otros vs. Perú: el principio del estoppel ha sido reconocido y aplicado tanto en el derecho internacional general como en el

derecho internacional de los derechos humanos (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2006c). Este Tribunal lo ha aplicado respecto a objeciones que no fueron presentadas en el trámite ante la Comisión y que luego el Estado pretende oponerlas ante la Corte, como para otorgar plenos alcances al reconocimiento de responsabilidad efectuado por el Estado o a un acuerdo suscrito por este, que quisiera desconocer en etapas posteriores del proceso. La Corte Europea de Derechos Humanos también ha aplicado el principio de estoppel sobre objeciones de jurisdicción y admisibilidad que son planteadas por los Estados tardíamente.

En el presente caso, cada acto de reconocimiento hecho por Perú ante la Comisión creó un estoppel. Por ello, al haber admitido como legítima la pretensión planteada en el procedimiento ante la Comisión, por medio de un acto jurídico unilateral de reconocimiento, Perú queda impedido de contradecirse. Las presuntas víctimas, sus representantes y la Comisión Interamericana actuaron en el procedimiento ante dicho órgano con base en esa posición de reconocimiento adoptada por el Estado.

En aplicación de la regla del estoppel y a partir de las consideraciones anteriores, este Tribunal otorga plenos efectos al reconocimiento de responsabilidad y lo admite, en cuyos términos el Estado es responsable.

- Comunidad Moiwana vs. Surinam: según la práctica internacional, cuando una parte en un litigio ha adoptado una actitud que redunde en beneficio propio o en deterioro de la contraria, en virtud del principio del estoppel, no puede asumir luego una conducta que sea contradictoria con la primera. Para la segunda conducta rige la regla de *non concedit venire contra factum proprium* (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2005b).
- Huilca Tecse vs. Perú: “Esta Corte considera que un Estado que ha tomado una determinada posición, la cual produce efectos jurídicos, no puede luego, en virtud del principio del *estoppel*, asumir otra conducta que sea contradictoria con la primera” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2005a, párr. 29).

Este principio de derecho procesal, muy aplicado en el Sistema Interamericano, permite la seguridad jurídica entre las partes y, desde el derecho probatorio, facilita el principio de la contradicción de la prueba. Si bien en el caso *sub judice* la Corte no aplicó de manera directa el principio del estoppel, se evidencia que propendió por proteger la seguridad jurídica del proceso y de las partes. Por ejemplo, en las excepciones preliminares, el Estado pretendía que se desconociera el desglose llevado a cabo desde la admisibilidad de la Comisión, cuando ya había reconocido de buena fe que el caso Cepeda era independiente y diverso y que procedería al trámite de fondo, puesto que se habían agotado los trámites de admisibilidad.

En esa oportunidad, el Estado alegó que aceptaba el desglose del caso siempre y cuando “se limitara el marco fáctico del caso, el objeto de la controversia y las cargas probatorias para una y otra parte”⁴⁸ (párr. 32). Este cambio de posición ante la Corte fue desestimado, por cuanto la pretensión del Estado era contradictoria, aún más cuando había hecho un reconocimiento parcial de responsabilidad, lo que de entrada representaba una admisión tácita de la competencia de la Corte.

Por otro lado, la Corte fue cauta al abstenerse de estudiar, en su análisis probatorio de los peritos, los testimonios que demostraban hechos de la vida personal del senador Cepeda anteriores a la entrada en vigor de la competencia de la Corte para el Estado colombiano.

Las pruebas en la reparación integral

En el caso del senador Cepeda, la Corte Interamericana determinó que la justicia interna colombiana había ordenado, mediante sentencia proferida por la jurisdicción de lo contencioso administrativo, la reparación pecuniaria de los perjuicios irrogados a las víctimas. Sin embargo, la Corte estimó que, si bien las sentencias de los tribunales contencioso administrativos procuraron reparar los daños y perjuicios sufridos por los familiares como consecuencia de la muerte del senador Manuel Cepeda Vargas, estas no cumplieron con el deber convencional de reparar integralmente las violaciones sufridas por el propio senador ni otras violaciones constatadas en el juicio.

48 La Comisión informó al Estado que “en vista del nuevo estado procesal de la causa, corresponde solicitar al Gobierno de la República de Colombia que presente sus observaciones sobre el fondo del caso 12.531 dentro del plazo de dos meses” (p. 14).

Agregó que tales decisiones internas no contenían una determinación de responsabilidad estatal por acción de agentes estatales en la violación de los derechos a la vida, la integridad personal y otros derechos reconocidos en la Convención, es decir, las indemnizaciones que fijaron esos tribunales no contemplaban “estos otros aspectos, que ya habían sido comprobados en las investigaciones internas y que ahora han sido determinados en la sentencia de este tribunal” (párr. 250).

A pesar de que la Corte admitió como prueba de la reparación lo concedido por el Consejo de Estado de Colombia a título de lucro cesante, alegó:

[...] tras analizar la información aportada por las partes, los hechos del caso y su jurisprudencia, la Corte observa que pese a que no fueron aportados los comprobantes de gastos, es de presumir que los familiares directos del senador Manuel Cepeda Vargas incurrieron en diversos gastos con motivo de su ejecución, por lo que decidió otorgar, en equidad, la suma de US\$ 40.000.00 (cuarenta mil dólares de los Estados Unidos de América) a favor de Iván Cepeda Castro y de Claudia Girón, así como la suma de US\$ 10.000.00 (diez mil dólares de los Estados Unidos de América) a favor de María Cepeda Castro y el mismo monto a favor de Olga Navia Soto (párr. 247).

También indicó al Estado colombiano pagar por concepto de costas y gastos del proceso la suma de US\$ 5.000.00, concepto que es ordenado en equidad, a partir de lo que estima la Corte como gastos razonables y necesarios debidamente probados, que se hayan originado y se causen por la tramitación del caso tanto en el ámbito interno como ante el Sistema Interamericano.

Se puede concluir que las decisiones de la Corte en el caso Manuel Cepeda contra el Estado de Colombia pueden ser objeto de análisis en materia probatoria desde los siguientes aspectos:

- Inversión de cargas probatorias. Es claro que para la Corte Interamericana existe una parte débil en el proceso y es la demandante, que afirma haber sido objeto de violación a los derechos consagrados en la Convención. Para la Corte, si un Estado está en la posibilidad de probar la inexistencia de un hecho debe hacerlo, pues no corresponde a la Corte indagar sobre circunstancias modales, temporales o espaciales específicas que puedan llevar a un reconocimiento individual de responsabilidad, para así determinar la acción o la omisión con base en la cual el Estado ha de ser declarado responsable.

- Admisión de pruebas circunstanciales, indicios y presunciones. La Corte admite que “la prueba circunstancial, los indicios y las presunciones pueden utilizarse, siempre que de ellos puedan inferirse conclusiones consistentes sobre los hechos” (párr. 127). Esta situación pone de relieve que si bien la Corte acude a reglas de valoración probatoria reconocidas internacionalmente como la sana crítica, los parámetros por ella utilizados, como la lógica y la experiencia, son entendidos en el contexto del derecho internacional y en particular el *ius cogens*.

En este punto, merece la pena destacar los siguientes aspectos:

- Sin poner en duda ni condición respecto de la valoración probatoria adicional, la Corte acepta el reconocimiento parcial de responsabilidad del Estado colombiano por el dicho del representante de Colombia en la Corte en lo relativo a la afectación de derechos como la vida, la honra y la dignidad de la víctima y sus familiares.
- La Corte es flexible en cuanto a la toma de pruebas, pues permite que los testimonios sean rendidos ante un notario público y llevados a la Corte para su estudio.
- El contexto en el que se encuadran las violaciones a los derechos humanos constituye una prueba notoria para el caso en estudio, ya que existe un escenario que demuestra la aquiescencia entre miembros de la Fuerza Pública y autodefensas o paramilitares.

En cuanto a la prueba en las reparaciones, se observan algunos criterios a partir de la página 84, numeral 243 de la Sentencia, todos inspiradas en el concepto de “equidad” o, por lo menos, sin exigencia probatoria alguna adicional, pues:

- Reconoce en equidad el daño material y así lo valora y lo concede.
- Reconoce en equidad el daño inmaterial sufrido por la víctima directa en favor de sus deudos, los solicitantes; es de particular relevancia que en Colombia nunca se había hecho esta consideración.
- Reconoce un daño moral independiente por el hecho de mantener en la impunidad los hechos del caso.
- Acepta por adecuadas y suficientes las indemnizaciones concedidas en Colombia por daño moral y por lucro cesante.

Lo anterior es considerado por la Corte, en virtud de que ordena que la reparación sea integral y fundamentada en criterios de daño material, daño inmaterial y otras formas de reparación con sus respectivos elementos, que permiten resarcir en la mejor medida posible las violaciones a los derechos humanos sufridas por las víctimas y sus familiares.

Por último, la Corte Interamericana valora los reconocimientos de responsabilidad, así como el avance en materia de reparaciones (otorgamiento de indemnizaciones) en la jurisdicción de lo contencioso administrativo y la normatividad creada. Esto evidencia la evolución del Estado frente a la integración de la reparación del Sistema Interamericano al derecho interno, hechos que reflejan de manera directa los impactos de las decisiones de la Corte Interamericana en el sistema jurídico colombiano de protección de derechos humanos.

UNA MIRADA A LOS DERECHOS HUMANOS DESDE LA PERSPECTIVA DE GÉNERO

El tema de la mujer como sujeto de derechos por su condición de ser humano se aborda desde el punto social y político, es decir, desde el papel que ella ha desempeñado en el proceso de reivindicación de género a lo largo de la historia. Esta aproximación crítica parte del análisis de diferentes formas de violación de sus derechos, de la lucha para su reivindicación y de su reconocimiento como parte de la sociedad; además, se encamina a conocer algunos instrumentos de derecho internacional para la protección de género.

Como punto de partida, cabe preguntarse qué son los derechos humanos. Como su nombre lo indica, son garantías de las que gozamos los seres humanos por nuestra condición de tales, sin distinción alguna por razón de sexo, raza, religión, condición económica, social o política, etc.

Desigualdades históricas

Desde el génesis de la humanidad, las mujeres se han visto amenazadas y vulneradas en sus derechos inherentes a su condición de ser humano. Esto se debe a una inexistente condición de inferioridad frente al hombre, sustentada en relaciones de poder asimétricas que se evidencian en lo que se refiere al disfrute en condiciones de igualdad de derechos humanos como la integridad física, la libertad

y formación sexual, laborales, de acceso a la educación y otros de carácter social como el sufragio, elegir y ser elegida, etc.

El avance en el reconocimiento y la protección de estos derechos ha sido considerable; no obstante, aún quedan importantes rastros del patriarcado que se han sostenido desde los inicios de la historia.

Se puede observar que incluso con las mismas o mejores capacidades de algunos hombres, son muy pocas las mujeres que han logrado escalar posiciones en las actividades que estaban destinadas solo al género masculino. Lo anterior ha generado que algunas legislaciones trabajen en la búsqueda de igualdad de género, por ejemplo, con la Ley de cuotas en Colombia, que permite participación equitativa (Congreso de la República, 2000; 2003). Aunque puede considerarse un avance legislativo, se queda corto en el momento de su implementación (Oliveros y Tirado, 2012).

A partir de esa lucha por el resarcimiento de los derechos de las mujeres nació el feminismo, como un conjunto de conocimientos sobre los que se han cimentado movimientos políticos, sociales, culturales y económicos, cuyo objetivo es la igualdad de derechos entre hombres y mujeres, pero en especial la reivindicación de género de estas últimas. Con ese fin, el movimiento feminista creó teorías sociales sobre las cuales se han desarrollado otras disciplinas como la geografía feminista, la historia feminista o la crítica literaria feminista, entre otras.

Orígenes del feminismo

Al feminismo se le atribuyen logros sociopolíticos de gran relevancia como el voto de la mujer y la búsqueda de protección contra el acoso sexual y los delitos contra la integridad física de los cuales ha sido víctima.

Maggie Humm (2003) y Rebecca Walker (1995) han dividido y clasificado la historia del feminismo en tres olas. La primera surgió a finales del siglo XIX y principios del XX y apuntaba al reconocimiento y a la protección de derechos sociopolíticos; además, logró que la mujer pudiera sufragar. La segunda se ubicó entre las décadas del sesenta y del setenta y se centró en la liberación de la mujer del yugo masculino y de su dependencia moral, psicológica y económica. La tercera ola comenzó en la década del noventa y aún persiste; se puede identificar como la continuación de la segunda, con la inclusión de nuevas exigencias que habían sido omitidas.

Al hablar de feminismo, estamos hablando de múltiples formas de exigir derechos para las mujeres; por tanto, podemos referirnos a feminismos, entre los que encontramos una amplia variedad de tendencias como el feminismo cultural, liberal, radical, ecofeminismo, anarcofeminismo, feminismo de la diferencia, marxista, separatista, filosófico, cristiano, islámico, poscolonial, lésbico y crítico (Puleo, 2000).

Según Simone de Beauvoir (2005), Christine de Pizan fue la primera mujer que decidió escribir sobre la desigualdad de géneros y la reivindicación del género femenino con la obra *Epître au dieu d'amour* (*Epístola al dios del amor*) en el siglo XV. Aunque existen varios ejemplos de autoras anteriores a la época en la que se enmarcan las olas del feminismo que lucharon incansablemente por los derechos de la mujer, no han sido vinculadas al feminismo moderno.

Feminismo es un término que aparece alrededor de 1880 en Francia y en 1919 en Estados Unidos. Es indudable su existencia desde antes de la Ilustración, mas no hay factor de conexidad entre los primeros vestigios y las corrientes modernas, que comienzan a finales del siglo XVIII.

Las luchas que datan de años anteriores a la Ilustración corresponden al protofeminismo, ya que sus fines no se ajustaban por completo al concepto de feminismo surgido en esta ni al feminismo moderno que, más allá de enumerar los agravios de los que fuera objeto la mujer, entra en el campo de su reivindicación como ser humano en igualdad de condiciones frente a los hombres. Estas últimas formas se han enfocado a una crítica a las estructuras políticas, sociales y económicas en la que se ha desconocido el papel invaluable de la mujer y la importancia y validez de sus aportes en dichos campos.

A continuación revisaremos las olas del feminismo, su clasificación cronológica, los fines y los logros que se persiguieron en cada una de ellas.

Olas del feminismo

Primera ola

Se ubica a lo largo del siglo XIX y principios del siglo XX en Inglaterra y Estados Unidos. En principio, lo que buscaban sus gestores era la declaración de derechos como equidad de género y el reconocimiento de otros como el de poseer

propiedad y el de igual capacidad de obrar, además de la igualdad de derechos dentro del matrimonio. Más adelante se centró en la obtención de derechos y poder político y, a finales del siglo XIX y con mucho sacrificio, se logró el derecho a sufragar.

Segunda ola

Se tiene como precedente la Marcha de liberación de la mujer en Washington, en 1970. Esta fase del movimiento en pro de los derechos de la mujer y de su liberación hace referencia a un período de actividad feminista que comenzó a principios de la década de 1960 y duró hasta finales de la década de 1970.

Así como la primera ola se enfocaba en la superación de los obstáculos (*de jure*) en la igualdad legal (sufragio femenino, derechos de propiedad, etc.), la segunda perseguía una pluralidad de fines, como eliminar la desigualdad no oficial, la libertad sexual, el respeto y el derecho a la familia y el reconocimiento de capacidades para desempeñar trabajos distintos a los quehaceres del hogar, para abolir su dependencia económica frente al cónyuge, ya que a esta se debía un sinnúmero de atropellos; por último, aunque controvertido, se pretendía el reconocimiento de los derechos de la mujer en lo que a su reproducción se refería, pues hasta la fecha era potestad de hombre decidir en el tema de hijos a procrear y por eso se intentó añadir una enmienda de igualdad de derechos a la Constitución de Estados Unidos.

Tercera ola

Se refiere a un campo más amplio, pues abarca varias ramas del feminismo, cuyo activismo inició en 1990 y se extiende hasta la época actual. Este movimiento surgió como una respuesta a las lagunas y los vacíos percibidos en la segunda ola. Se realza la importancia de la variedad dentro del género; por tanto, no es posible tener un modelo único de mujer, pues al igual que los hombres, ellas tienen pensamientos e ideas distintas. Las mujeres, como seres racionales, también gozan de capacidad para discernir y comprender los fenómenos desde distintas perspectivas, por lo que una de las prioridades es la aceptación de la mujer como individuo y no como un prototipo de ser humano sin habilidades inherentes a su

género, como el hombre; esto se debe a que existen múltiples tipos de mujer, determinados por cuestiones sociales, étnicas, de nacionalidad o religión.

Esta corriente se aleja del esencialismo y de las definiciones de feminidad, asumidas en ocasiones como universales y como sobrestimación de las experiencias de la clase media-alta de la raza blanca estadounidense.

Las interpretaciones del género y del sexo son esenciales dentro de la tercera ola, caracterizadas por su posestructuralismo. La variedad de enfoques, soluciones propuestas, visiones de los problemas de esta corriente y la carencia de un objetivo común claro reflejan el carácter posmodernista de esta fase que incorpora diversas corrientes del feminismo y componentes de las teorías del antirracismo y poscolonial, del ecofeminismo, de la transexualidad y la visión positiva de la sexualidad, entre otros.

El replanteamiento del feminismo de tercera ola se manifiesta, por ejemplo, en que algunas personas de esta corriente tienen una percepción positiva de la sexualidad femenina y han replanteado las posturas ante el trabajo sexual o la pornografía de la segunda ola del feminismo. Dentro de esta perspectiva se ofrecen una mirada crítica a las subjetividades y posturas políticas en la reivindicación de derechos. Dicha toma de conciencia por parte de las mujeres de esta ola lleva a reflexionar sobre las múltiples realidades que las rodean, no solo en relación con el debate sobre género, sexualidad y patriarcado, sino con ser un agente activo en la ruptura de paradigmas, para construir una sociedad más incluyente.

Derechos de las mujeres y Estado

Para ahondar en el tema de los derechos de la mujer y su desconocimiento por parte de los particulares y del Estado, es preciso enumerar una serie de acontecimientos que han marcado en la historia su flagrante vulneración.

La violencia contra las mujeres es la forma más evidente de violación a los derechos humanos, pues para conculcar los derechos de este género, no es posible establecer límites en razón de la ubicación geográfica, diferencias culturales o de la posición socioeconómica. Ni siquiera se escapan de ser víctimas de estos constantes abusos las mujeres con formación académica, nivel socioeconómico alto o pertenencia étnica, pero se manejan con mayor hermetismo porque su posición no les permite denunciar y hacer pública su situación.

La mujer ha sido víctima de distintas clases de abusos entre ellos:

- La violencia en el hogar⁴⁹: por lo general la ejecuta su pareja, quien le propina maltrato no solo físico, sino verbal, psicológico, sexual, etc. En Colombia se registraron 89.807 casos de violencia intrafamiliar en 2011. De ellos, un 78.1 % de las víctimas correspondía a mujeres y en su gran mayoría (57.761) se relacionaron con violencia de pareja (Lafaurie, 2013).

En algunos Estados se han promulgado leyes que propenden por sancionar la violencia doméstica como cualquier otro tipo de violencia, es decir, que las lesiones causadas por su pareja revistan de la misma gravedad que las ocasionadas por un particular con el agravante del vínculo que los une; sin embargo, la protección a los derechos humanos no puede garantizarse, en razón a la falta de denuncia por parte de las víctimas.

En Suecia, por ejemplo, esos actos se definen como graves violaciones a la integridad personal de las mujeres y se someten a penas más severas que esos mismos actos cometidos por particulares. Por su parte, Austria, Bielorrusia, Bután, Hungría, México, Portugal y Seychelles han decidido incluir en su legislación el delito de violencia sexual cuando es ejercida por la pareja.

En Sri Lanka, el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (Unicef) ha trabajado en estrecha colaboración con las autoridades y las organizaciones no gubernamentales para prevenir la violencia en el hogar mediante la educación del público, el uso de los medios de información y la celebración de cursos prácticos destinados a sensibilizar a los miembros del Poder Judicial y a los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley.

Bielorrusia, Polonia, la Federación de Rusia, Zimbabue y Colombia figuran entre los Estados que han tratado de introducir servicios como hogares de acogida y líneas telefónicas especiales para ofrecer apoyo a las víctimas de la violencia. En sus departamentos de Policía, Argelia y Brunéi han creado dependencias encargadas de combatir la violencia en el hogar. Islandia ha elaborado un proyecto experimental de dos años de

49 En el Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2003) la violencia doméstica figura como un problema social, puesto que "impone un costo terrible a las víctimas, a sus familias y a la sociedad en conjunto, y tiene efectos intergeneracionales" (párr. 168).

duración titulado “Hombres de responsabilidad”, destinado a los hombres violentos, supervisado por la Cruz Roja de ese país. Al finalizar el proceso, el participante se somete a un examen con la finalidad de evaluar su comportamiento para la reintegración (Organización de Naciones Unidas, 2000).

En Turquía, un hecho de violencia doméstica llegó a ser conocido por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (2009), el cual trató sobre agresiones constantes hacia una mujer y su hija menor. El Tribunal enfatizó que el tema de la violencia doméstica podía tomar diversas formas, desde violencia física hasta psicológica o abuso verbal. Es un problema general que concierne a todos los Estados miembros y que no siempre es visible, porque suele tener lugar en las relaciones personales o en los circuitos cerrados.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2007d) ha elaborado un informe sobre el acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas. Se trata de un diagnóstico sobre los principales obstáculos que enfrentan cuando intentan acceder a una tutela judicial efectiva para remediar actos de violencia e insiste en el deber de los Estados de actuar con la debida diligencia requerida ante actos de violencia contra las mujeres, cometidos tanto por agentes estatales como particulares.

- Trata de mujeres: existen muchas organizaciones criminales dedicadas a la “comercialización” de mujeres con fines de explotación sexual y a la venta ilegal de órganos, situación que crece cada vez más y se ha extendido a la mayoría de los Estados. Se ha calculado que por este concepto las organizaciones criminales reciben ingresos superiores a los ocho mil millones de dólares al año, lo que hace de esta práctica una amenaza para las mujeres y de todos los sectores.

Filipinas⁵⁰ tiene iniciativas en cooperación con la sociedad civil y con otros Gobiernos para desarrollar actividades de capacitación con organismos con el fin de combatir la trata de mujeres y niñas y elaborar

50 Filipinas organizó 13.463 seminarios de capacitación sobre relaciones entre la Policía y la comunidad en materia de trata de personas y 32.306 campañas o diálogos de información a escala nacional con objeto de incrementar la conciencia en las comunidades y solicitar su cooperación para hacer frente al problema.

procedimientos para ello (Organización de Naciones Unidas, 2014). El sistema de las Naciones Unidas ha apoyado a los Estados en la elaboración y mejora de la aplicación de leyes y de las intervenciones del sistema de justicia penal en materia de trata de personas. Algunas entidades de las Naciones Unidas, como el Fondo de las Naciones Unidas para la infancia (Unicef) y la Oficina de las Naciones Unidas contra la droga y el delito han contribuido a crear legislación en diversos países para hacer frente a la trata y han incorporado los principios de los derechos humanos en los fallos judiciales sobre la violencia por razón de género (ACNUDH). Otras, como la Oficina de las Naciones Unidas contra la droga y el delito, han diseñado herramientas específicas para los agentes del orden público, la Fiscalía y los magistrados (Organización de Naciones Unidas, 2014). Esto significa que el sistema judicial ha de estar equipado y capacitado para ocuparse de estas cuestiones. Australia, Chipre, Dinamarca, España, Singapur y Suiza han instituido unidades especiales de policía o enjuiciamiento y planes de acción específicos para la Policía sobre la trata de personas en los planos nacionales y provinciales, mientras Eslovenia hizo referencia a la conformación de equipos conjuntos de investigación en Europa suroriental.

Se han concebido programas y materiales de capacitación sobre la trata de personas, entre ellos, directrices para la investigación y el enjuiciamiento dirigidos a la Policía y a la Fiscalía, así como capacitación para los magistrados en casi todos los países que han presentado informes, pero la vigilancia y la aplicación efectivas de las leyes sobre la trata exigen un enfoque más especializado del sistema de justicia penal.

En China se han introducido enmiendas al Código Penal respecto al secuestro de mujeres y niñas y la prostitución forzada. Asimismo, en Birmania se han creado ocho centros profesionales para mujeres y niñas, a fin de evitar la trata. En los Países Bajos, Albania y Rusia se han hecho esfuerzos dirigidos a proteger a las víctimas de este delito.

De acuerdo con la Organización Internacional para las Migraciones (OIM) (s. f.), Colombia se ha caracterizado como un país origen de víctimas de la trata de personas, tanto dentro del país como hacia el exterior.

Según datos de las Naciones Unidas (2012), en Colombia, así como en más de sesenta países, el traslado de seres humanos ocurre dentro de sus fronteras, fenómeno que representa un 27 %. Además, señala en el informe que en 2012 el Valle del Cauca, Antioquia y Quindío concentraron un 79 % de los lugares de origen de víctimas de trata de personas colombianas. De este total, 71 % corresponde a mujeres. Por último, se calcula que un 58 % de los casos registrados corresponden a la modalidad de explotación sexual y trabajos o servicios forzados (Unodc, 2009).

- Mutilación genital femenina: la circuncisión femenina es una práctica de la que son víctimas entre 85 y 114 millones de mujeres y niñas de África, Medio Oriente y Asia. Esta mutilación consiste en extirpar el clítoris y otros órganos genitales y ambos labios, además de la sutura de la vulva, para dejar solo un pequeño orificio para el paso de la orina y del flujo menstrual.

Esta práctica aberrante es una de las peores formas de violencia física y psicológica contra la mujer. Es lamentable que persista en esta época, después de tantos años de evolución y protección de los derechos humanos de las mujeres; aún más grave es que, con la aquiescencia de los Estados, se incumpla el principio más básico de los derechos humanos, que es el de la universalidad bajo la garantía del respeto a la multiculturalidad, que a su vez tiene rango de protección constitucional (Amnistía Internacional, 1998).

Como resultado de estas discriminaciones, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha hecho un seguimiento a los estándares jurídicos vinculados a la igualdad de género y a los derechos de las mujeres en el Sistema Interamericano de Derechos. Sobresale el caso *Maria da Penha Maia Fernandes*, con una serie de recomendaciones para el Estado que incluyen: i) completar rápida y efectivamente el procesamiento penal del responsable de la agresión y tentativa de homicidio en perjuicio de la víctima; ii) llevar a cabo una investigación seria, imparcial y exhaustiva para determinar la responsabilidad por irregularidades o retardos injustificados que impidieron el procesamiento rápido y efectivo del responsable y tomar las medidas administrativas, legislativas y judiciales correspondientes; iii) sin perjuicio de las eventuales acciones contra el

responsable civil de la agresión, adoptar medidas necesarias para que el Estado asigne a la víctima una adecuada reparación simbólica y material por las violaciones establecidas, en particular por su falla en ofrecer un recurso rápido y efectivo, y iv) continuar y profundizar el proceso de reformas que eviten la tolerancia estatal y el tratamiento discriminatorio respecto a la violencia doméstica contra las mujeres en Brasil, entre otras recomendaciones (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2001a).

De igual modo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2006g; 2009b; 2010b) se ha pronunciado en los casos Penal Castro vs. Perú, González y otras (“Campo algodonero”) vs. México y Rosendo Cantú y otra vs. México. Ha presentado reflexiones generales que sirven de marco para la situación de discriminación en la que viven las mujeres, los elementos culturales, los roles que les son asignados de acuerdo con estereotipos y las violencias de género y sexual que sufren, con la finalidad de señalar las acciones que deben ejercer los Estados para superar esta situación de violaciones continuas a los derechos de la mujer.

Es evidente que los esfuerzos conjuntos entre mujeres, Estados y múltiples organizaciones han logrado un mayor alcance en la protección de derechos de género; sin embargo, la desigualdad, la violencia intrafamiliar, la trata de personas y la mutilación genital, entre muchas otras transgresiones, son temas que aún no se pueden dar por superados, en razón a cuestiones de multiculturalidad, desinformación, miedo de las víctimas, falta de medidas de protección por parte de los Estados y condiciones en las esferas política, económica, social o de cualquier índole.

REFERENCIAS

- Aguirre, J. (2008). Justicia e igualdad en los sistemas especiales de admisión a las universidades: una reflexión a partir de Ronald Dworkin. *Estudios Socio-Juridicos*, 10(1), 201-226.
- Aguirre, J. (2011). Dignidad, derechos humanos y la filosofía práctica de Kant. *Universitas*, 60(123), 45-74.
- Almeida, M. (2011). Universidade e desigualdade social: a difícil superação da falsa disjuntiva entre teoria e prática. *Espacio abierto*, 20(2), 267-287.
- Alto comisionado de las Naciones Unidas para los refugiados [Acnur]. (2016). *Tendencias globales. Desplazamiento forzado en 2015. Forzados a huir*. Recuperado de <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/Publicaciones/2016/10627.pdf>
- Amnistía Internacional. (1998). *La mutilación genital femenina y los derechos humanos Infibulación, escisión y otras prácticas cruentas de iniciación*. Madrid: Autor.
- Aparecida, G. (2008). Cuotas raciales, identidad negra y derechos en el Brasil. *Iconos. Revista de Ciencias Sociales* (32), 133-144.
- Arbeláez, A. (2012). La noción de la guerra justa. Algunos planteamientos actuales. *Analecta Política*, 1(2), 273-290.
- Arendt, H. (1974). *Los orígenes del totalitarismo*. Madrid: Taurus.
- Ayala, C., Martín, C. y Rodríguez-Pinzón, D. (comps.). (2008). *Manual sobre derecho internacional de los derechos humanos: teoría y práctica*. Caracas: Universidad Católica Andrés Bello.
- Beauvoir, S. (2005). *El segundo sexo. Feminismos*. Buenos Aires: Sudamericana.
- Cavallaro, J. (2016, mayo 23). Al borde del abismo. *El País*. Recuperado de http://internacional.elpais.com/internacional/2016/05/23/america/1464011720_921111.html

- Chiabra, R. (2012). *Claves para entender la seguridad nacional en el siglo XXI*. Lima: Universidad Alas Peruanas.
- Cicalo, A. (2012). Nerds and Barbarian: Race and Class Encounters through Affirmative Action in a Brazilian University. *Journal of Latin American Studies*, 44(2), 235-260.
- Cicalo, A. (2013). Race and Affirmative Action: The Implementation of Quotes for “Black” Students in a Brazilian University. *Antípoda Revista de Antropología y Arqueología* (16), 113-133.
- Cifuentes, M. (2008). El sí y el otro en la constitución de la identidad: niñas, niños y adolescentes desvinculados del conflicto armado. *Trabajo Social* (10). Recuperado de <http://revistas.unal.edu.co/index.php/tsocial/article/view/14073/14824>
- Colombia, Congreso de la República. (1968). *Ley 74 de 1968*, “Por la cual se aprueban los Pactos internacionales de derechos económicos, sociales y culturales, de derechos civiles y políticos, así como el Protocolo facultativo de este último, aprobados por la Asamblea General de las Naciones Unidas en votación unánime, en Nueva York, el 16 de diciembre de 1966”. *Diario Oficial* No. 32.682, diciembre 30 de 1968.
- Colombia, Congreso de la República. (2000). *Ley 581 de 2000*, “Por la cual se reglamenta la adecuada y efectiva participación de la mujer en los niveles decisorios de las diferentes ramas y órganos del poder público, de conformidad con los artículos 13, 40 y 43 de la Constitución Nacional y se dictan otras disposiciones”. Bogotá: *Diario Oficial* No. 44.026, mayo 31 de 2000.
- Colombia, Congreso de la República. (2003). *Ley 823 de 2003*, “Por la cual se dictan normas sobre igualdad de oportunidades para las mujeres”. Bogotá: *Diario Oficial* No. 45.245, julio 11 de 2003.
- Colombia, Corte Constitucional. (1992). *Sentencia T-002 de 8 de mayo de 1992*. M. P. Alejandro Martínez Caballero.
- Colombia, Corte Constitucional. (1994). *Sentencia T-323 de 21 de noviembre de 1994*. M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.
- Colombia, Corte Constitucional. (1995). *Sentencia T-377 de 24 de agosto de 1995*. M. P. Fabio Morón Díaz.
- Colombia, Corte Constitucional. (1999). *Sentencia SU-624 de 25 de agosto de 1999*. M. P. Alejandro Martínez Caballero.
- Colombia, Corte Constitucional. (2000). *Sentencia T-944 de 24 de julio de 2000*. M. P. Alejandro Martínez Caballero.
- Colombia, Corte Constitucional. (2002). *Sentencia C-580 de 31 de julio de 2002*. M. P. Clara Inés Vargas Hernández.
- Colombia, Corte Constitucional. (2007). *Sentencia T-391 de 10 de mayo de 2007*. M. P. Gregorio Hernández Galindo.

•Referencias•

- Colombia, Corte Constitucional. (2009). *Auto 005. Protección de derechos fundamentales de la población afrodescendiente víctima del desplazamiento forzado en el marco de superación del estado de cosas inconstitucional declarado en Sentencia T-025/04*. M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.
- Colombia, Corte Constitucional. (2010). *Sentencia T-110 de 16 de febrero de 2010*. M. P. María Victoria Calle Correa.
- Colombia, Corte Constitucional. (2012). *Sentencia C-052 de 8 de febrero de 2012*. M. P. Nilson Pinilla Pinilla.
- Colombia, Ministerio de Educación Nacional. (1999). *Programa Educación para todos: evaluación año 2000*. Recuperado de <http://unesdoc.unesco.org/images/0021/002193/219359so.pdf>
- Colombia, Ministerio de Educación Nacional. (2003). *Formar para la ciudadanía ¡sí es posible! Lo que necesitamos saber y saber hacer*. En Autor (editor de la serie), *Guías: 6*. Bogotá: Autor.
- Colombia, Presidencia de la República. (1995). *Decreto 2164 de 1995*, “Por el cual se reglamenta parcialmente el Capítulo XIV de la Ley 160 de 1994 en lo relacionado con la dotación y titulación de tierras a las comunidades indígenas para la constitución, reestructuración, ampliación y saneamiento de los resguardos indígenas en el territorio nacional”. Bogotá: *Diario Oficial* No. 42.140, diciembre 7 de 1995.
- Comisión Colombiana de Juristas. (2004). *El disfrute del derecho a la educación en Colombia*. Bogotá: Autor.
- Comisión de estudios sobre la violencia. (1987). *Colombia: violencia y democracia*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.
- Comisión de las Comunidades Europeas. (1981, diciembre 9). *Decisión 82/43/CEE*, Bruselas.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2002, octubre 2). *Informe sobre terrorismo y derechos humanos (aportes pertinentes)*. Recuperado de <https://www.cidh.oas.org/PRIVADAS/terrorismo.htm>
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2009, octubre-noviembre). *Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*, Washington.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2011, julio 8). *Sentencia de fondo. Caso Masacre de Santo Domingo vs. Colombia*.
- Comisión Intercongregacional Justicia y Paz. (1998). *1981-1994. Trece años en búsqueda de paz*. Recuperado de http://peacebrigades.org.uk/fileadmin/user_files/projects/colombia_formation/files/Cuadernos/Cuaderno_1/9409_jyp_trece_años.htm
- Consejo de Europa. (1950, noviembre 4). *Convención europea para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales*, Roma.

- Consejo de la Unión Europea. (2002, junio 13). *Decisión marco del Consejo, relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros (2002/584/JAI)*, Luxemburgo.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (1985, noviembre 13). *Consulta OC-5*, San José.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (1988, julio 29). *Sentencia de fondo. Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (1992, enero 15). *Informe anual de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 1991*, Washington.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (1993, febrero 3). *Excepciones preliminares. Serie C No. 14. Caso Cayara vs. Perú*.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (1995, enero 27). *Excepciones preliminares. Serie C No. 21. Caso Genie Lacayo vs. Nicaragua*.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (1997, octubre 16). *Informe No. 47, Tabacalera Boquerón SA, Paraguay*.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (1998, enero 24). *Sentencia de fondo, reparaciones y costas. Caso Blake vs. Guatemala. Serie C No. 36*.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (1999, noviembre 19). *Sentencia de fondo, reparaciones y costas. Caso Villagrán Morales y otros vs. Guatemala. Serie C No. 63*.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2000, noviembre 25). *Sentencia de fondo, reparaciones y costas. Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala. Serie C No. 70*.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2001a, abril 16). *Informe 54/01 Caso 12.051. Caso de Maria da Penha Maia Fernandes vs. Brasil*.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2001b, mayo 26). *Sentencia de reparaciones y costas. Caso de los "niños de la calle" (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala. Serie C No. 77*.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2001c, marzo 14). *Sentencia de fondo reparaciones y costas. Caso Palo Alto vs. Perú*.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2002). *Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 18 de junio de 2002. Medidas provisionales solicitadas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos respecto de Colombia. Caso de la comunidad de paz de San José de Apartadó vs. Colombia*.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2005a, marzo 3). *Sentencia de fondo, reparaciones y costas. Serie C No. 121. Caso Huilca Tecse vs. Perú*.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2005b, junio 15). *Sentencia de fondo, reparaciones y costas. Caso de la comunidad Moiwana vs. Surinam. Serie C No. 124*.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2005c, septiembre 15). *Sentencia de fondo, reparaciones y costas. Caso de la masacre de Mapiripán vs. Colombia*.

•Referencias•

- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2006a, enero 4). *Sentencia de fondo, reparaciones y costas. Caso del fiscal Vs Thomas Lubanga Dyilo. Juicio en seguimiento de las reglas del art. 74 del Estatuto de Roma.*
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2006b, enero 31). *Sentencia de fondo, reparaciones y costas. Serie C No. 140. Caso de la masacre de Pueblo Bello vs. Colombia.*
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2006c, febrero 7). *Sentencia de fondo, reparaciones y costas. Caso Acevedo Jaramillo y otros vs. Perú.*
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2006d, julio 1). *Sentencia de fondo, reparaciones y costas. Serie C No. 148. Caso de las masacres de Ituango vs. Colombia.*
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2006e, julio 5). *Sentencia de fondo, reparaciones y costas. Serie C No. 150. Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) vs. Venezuela.*
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2006f, octubre 27). *Informe No. 121/06, Petición 554-04, Admisibilidad. John Doe y otros vs. Canadá.*
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2006g, noviembre 25). *Sentencia de fondo, reparaciones y costas. Serie C No. 160. Caso del penal Miguel Castro Castro vs. Perú.*
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2007a, marzo 8). *Informe No. 11. Caso interestatal 01/06, Nicaragua vs. Costa Rica.*
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2007b, mayo 11). *Sentencia de fondo, reparaciones y costas. Caso de la masacre de La Rochela vs. Colombia.*
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2007c, julio 23). *Informe No. 41/07, Petición 998-05, Admisibilidad, Lazinho Brambilla da Silva, Brasil.*
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2007d). *Acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 68, 20 de enero, Nueva York.*
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2009a, noviembre). *Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Washington.*
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2009b, noviembre 16). *Sentencia de fondo, reparaciones y costas. Serie C No. 205. Caso González y otras ("campo algodoner") vs. México.*
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2010a, mayo 26). *Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Caso Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia.*
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2010b, agosto 31). *Sentencia de fondo, reparaciones y costas. Serie C No. 216. Caso Rosendo Cantú y otra vs. México.*
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2010c, octubre 21). *Informe No. 112, Petición interestatal, Admisibilidad, Franklin Guillermo Aisalla Molina, Ecuador-Colombia.*
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2016a, febrero 26). *Sentencia de fondo, reparaciones y costas. Caso Duque vs. Colombia.*

- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2016b, abril 13). *Informe No. 9/16, Petición 149-02, Eduardo Rico, Argentina*.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2016c, abril 15). *Informe No. 27, Petición 30-04, Luis Alexander Santillán Hermoza, Perú*.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2016d, diciembre 6). *Informe No. 55, Petición 4949-02, Admisibilidad, Guillermo Antonio Álvarez, Argentina*.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2016e, diciembre 21). *Sentencia de fondo, reparaciones y costas. Caso Quispialaya Vilcapoma vs. Perú*.
- Corte Internacional de Justicia. (2009, julio 13). *Case Concerning the Dispute Regarding Navigational and Related Rights (Costa Rica v. Nicaragua)*.
- Corte Internacional de Justicia. (2015, diciembre 16). *In the Cases Concerning Construction of a Road in Costa Rica along the San Juan River (Nicaragua v. Costa Rica); Certain Activities Carried Out by Nicaraguan the Border Area (Costa Rica v. Nicaragua)*.
- Defensoría del Pueblo. (2002). *La niñez en el conflicto armado colombiano*. Recuperado de <http://www.unicef.org/colombia/pdf/boletin-8.pdf>
- Downing, C. (2014). Child Recruitment to Illegal Armed Groups in Colombia: Peacebuilding and Development Challenges. *Journal of Peacebuilding & Development*, 9(3), 33-49.
- Drumbl, M. (2012). The Effects of the Lubanga Case on Understanding and Preventing Child Soldiering. *Yearbook of International Humanitarian Law*, 15, 87-116.
- Duque, J. (2012). La subpoliarquía colombiana. Deficiencias estatales, democracia deficitaria. *Desafíos*, 24(1), 175-229.
- Esguerra, C. y Bello, J. (2014). Interseccionalidad y políticas públicas LGBTI en Colombia: usos y desplazamientos de una noción crítica. *Revista de Estudios Sociales* (49), 19-32.
- Estados Unidos, Presidencia de la República. (1961). Executive Order 10925, "Establishing the President's Committee on Equal Employment Opportunity". Recuperado de <https://www.eeoc.gov/eeoc/history/35th/thelaw/eo-10925.html>
- Estados Unidos, Presidencia de la República. (1965). *Executive Order 11246*, "Equal Employment Opportunity". Recuperado de <https://www.eeoc.gov/eeoc/history/35th/thelaw/eo-11246.html>
- Fernández, J. (2007). "Parapolítica", el camino de la política en Colombia. *Política Exterior*, 21(118), 109-120.
- Fiss, O. (2009). La guerra contra el terrorismo y el Estado de derecho. *Anuario de derechos humanos 2009*, 215-225. Recuperado de <http://www.anuariodh.uchile.cl/index.php/ADH/article/viewFile/11530/11889>
- Fix-Zamudio, H. (1994). Lineamientos procesales en los procedimientos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En R. Nieto (ed.), *La Corte y el Sistema Interamericanos*

•Referencias•

- de Derechos Humanos* (pp. 177-193). San José: Corte Interamericana de Derechos Humanos.
- García, A. (2007). Políticas étnicas afrocolombianas en educación superior: dinámicas identitarias en la Universidad de Antioquia. En C. Mosquera y L. Claudio (eds.), *Afro-reparaciones: Memorias de la esclavitud y justicia reparativa para negros, afrocolombianos y raizales* (pp. 661-689). Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.
- Goldman, R. (2007). Historia y acción: el Sistema Interamericano de Derechos Humanos y el papel de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. En A. Covarrubias y D. Ortega (coords.), *La protección internacional de los derechos humanos: un reto en el siglo XXI* (pp. 101-148). Ciudad de México: El Colegio de México.
- González, A. (2010). La excepción preliminar: falta de agotamiento de recursos internos. ¿Un mecanismo efectivo de defensa estatal? *Prolegómenos, derechos y valores*, XIII(26), 245-265.
- González, A. (2011). Excepciones preliminares. Una mirada desde la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Prolegómenos, derechos y valores*, XIV(28), 233-250.
- González, A. (2014). Presentación en tiempo de la petición ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Prolegómenos, derechos y valores*, XVII(33), 57-76.
- González, A. (2015). Pleito pendiente internacional. Una mirada desde la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Justicia*, 20(27), 17-29.
- González, A. y Sanabria, J. (2013). Obligaciones de los Estados parte de la Convención Americana. *Saber, Ciencia y Libertad*, 8(2), 45-56.
- González, A. y Sanabria, J. (2014). Plazo razonable como criterio para considerar la admisibilidad de una petición ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Revista Republicana* (16), 79-97.
- González, J. (2000). Acción pública y reacción ciudadana: el papel de la sociedad civil en un Estado democrático. *Revista Española de Investigaciones Sociológicas* (91), 9-37.
- González, J. (2007). El jardín árabe y la zona cero. El acceso al derecho a la educación, la alegoría de la ciudadanía democrática y el terrorismo integrista islámico. En *Derecho a la educación y ciudadanía democrática. El derecho a la educación como desarrollo constitucional del pensamiento republicano cívico* (pp. 615-645). Bogotá: Ibáñez.
- Habermas, J. (2010). El concepto de dignidad humana y la utopía realista de los derechos humanos. *Dianoia*, 55(64), 3-25.
- Hernández, J. (2013). La Constitución de Colombia de 1991 y sus enemigos. El fracaso del consenso constitucional. *Colombia Internacional* (79), 49-76.
- Hobbes, T. (1985). *Leviatán*. Londres: Penguin Classics.
- Hodges-Aeberhard, J. (1999). La acción positiva en el empleo: un concepto espinoso para los tribunales. *Revista Internacional del Trabajo*, 118(3), 275-304.

- Humm, M. (2003). *The Dictionary of Feminist Theory*. Edimburgo: Edinburgh University Press.
- Inis, C. (1962). *Power and International Relations*. Nueva York: Random House.
- Instituto Colombiano de Bienestar Familiar [ICBF]. (2014). *Observar para proteger: enfoques alternativos para valorar la dinámica y el riesgo de reclutamiento y utilización de niños, niñas y adolescentes por GAOML en Colombia*. Bogotá: Autor.
- Jimeno, M. (2005). La adopción de medidas cautelares de carácter personal con motivo de la ejecución de una orden europea de detención y entrega. *Revista Penal* (16), 106-122.
- Kant, I. (2007). *Fundamentación de la metafísica de las costumbres* (M. García Morente, trad.). Barcelona: Folio. (Original publicado en 1785).
- Lafaurie, M. (2013). La violencia intrafamiliar contra las mujeres en Bogotá: una mirada de género. *Revista Colombiana de Enfermería*, 8(8), 98-111.
- Laplace, P. S. (1812). *Teoría analítica de las probabilidades*. París: Courcier.
- Laqueur, W. (2003). *Un historia del terrorismo* (T. Fernández y B. Eguibar, trad.). Barcelona: Paidós.
- Lefranc, F. y Campos, L. (s. f.). El derecho internacional de los derechos humanos y la función ministerial. En Inacipe (ed.), *Manual básico de la función ministerial* (pp. 1-80). Ciudad de México: Inacipe.
- Lerma, C. A. (2007). *El derecho a la educación en Colombia*. Buenos Aires: Fundación Laboratorio de Políticas Públicas.
- Levi, P. (2010). *Trilogía de Auschwitz* (3a. ed.). Barcelona: El Aleph.
- López, A. (2012). Desarrollo fronterizo como alternativa al desarrollo trasfronterizo. *Revista Mensual sobre la Actualidad Ambiental* (221), 12-16.
- López, D. (2010). Estándares internacionales para la investigación y acusación de delitos complejos en el marco de la justicia transicional: su aplicación al caso colombiano. *Revista Colombiana de Derecho Internacional*, 8(16). Recuperado de <http://revistas.javeriana.edu.co/index.php/internationallaw/article/view/13833/11126>
- McCrudden, C. (2008). Human Dignity and Judicial Interpretation of Human Rights. *The European Journal of International Law*, 19(4), 655-724.
- Mearsheimer, J. (2001). *The Tragedy of Great Power Politics*. Nueva York: Norton.
- Mendoza, A. (2005). El derecho y los derechos humanos. *Podium Notarial* (31), 123-129.
- Mera, D. (2011, marzo 23). El dilema para definir a Colombia en la Constitución. *El Tiempo*. Recuperado de <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-9054143>
- Motakef, M. (2007). The Human Right to Education as a Right to Literacy in Germany. *Convergence*, 40(3-4), 143-56.
- Nisimblat, N. (2009). *Los moduladores del proceso de tutela*. Bogotá: Universidad Católica de Colombia.

•Referencias•

- Oficina de Naciones Unidas contra la droga y el delito [Unodc]. (2009). *Datos situación global de la trata de personas. Colombia*. Recuperado de https://www.unodc.org/documents/colombia/Documentostecnicos/Estadisticas_trata_personas.pdf
- Oficina del alto comisionado de Naciones Unidas para los derechos humanos. (2001). *Los derechos humanos, el terrorismo y la lucha contra el terrorismo*. Recuperado de <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/Factsheet32sp.pdf>
- Oliveros, C. y Tirado, M. (2012). *La niñez en el conflicto armado. Una mirada desde la sociología jurídica y la semiótica del cine*. Bogotá: Universidad Militar Nueva Granada.
- Organización de Estados Americanos [OEA]. (1988, noviembre 17). *Protocolo adicional a la Convención americana sobre derechos humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales*, San Salvador.
- Organización de Estados Americanos [OEA]. (1995, agosto 14). *Convención interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer*, Belem do Para.
- Organización de Estados Americanos. (1969, noviembre 22). *Convención americana sobre derechos humanos*, San José.
- Organización de Naciones Unidas [ONU]. (1948). *Declaración universal de los derechos humanos*. Recuperado de <http://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/>
- Organización de Naciones Unidas [ONU]. (2000). *Examen y evaluación de la aplicación de la Plataforma de Acción de Beijing: informe del secretario general. (E/CN.6/2000/PC/2)*, Nueva York.
- Organización de Naciones Unidas [ONU]. (2005, diciembre 16). *Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones*. Recuperado de <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/RemedyAndReparation.aspx>
- Organización de Naciones Unidas [ONU]. (2006). *Lista de cuestiones que deben abordarse al examinar los informes periódicos segundo y tercero de los Estados Unidos de América. CCPR/USA/Q/3*. Recuperado de http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CCPR%2FC%2FUSA%2FQ%2F3&Lang=en
- Organización de Naciones Unidas [ONU]. (2007, febrero). *Principios de París*, Washington.
- Organización de Naciones Unidas [ONU]. (2012). *Informe del secretario general sobre los niños y el conflicto armado en Colombia*. Recuperado de http://www.acnur.org/t3/uploads/media/Informe_del_Secretario_General_sobre_los_ninos_y_el_conflicto_armado_en_Colombia_-_S_2012_171.pdf
- Organización de Naciones Unidas [ONU]. (2014). *Trata de mujeres y niñas. Informe del secretario general. A/69/224*. Recuperado de <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2014/9714.pdf?view=1>

- Organización Internacional para las Migraciones [OIM]. (s. f.). *Lucha contra la trata de personas*. Recuperado de <http://www.oim.org.co/trata-de-personas/iombogota@iom.int>
- Organización para la Unidad Africana. (1981). *Carta africana sobre derechos humanos y de los pueblos*, Nairobi.
- Ossa, E. C. y Garay, S. L. J. (2002). *Colombia, entre la exclusión y el desarrollo: propuestas para la transición al Estado social de derecho*. Bogotá: Contraloría General de la República.
- Owada, H. (2009). *Terrorismo internacional y Estado de derecho*. Recuperado de <http://www.realinstitutoelcano.org/wps/portal>
- Parra, J. (2011). *Manual de derecho probatorio*. Bogotá: Librería Ediciones del Profesional.
- Peces-Barba, G. (1988). *Escritos sobre derechos fundamentales*. Madrid: Eudema Universidad.
- Puleo, A. (2000). Luces y sombras del ecofeminismo. *Asparkia*, XI, 37-45.
- Quesada, M. (2014). Disputa fronteriza y valor geoestratégico del río San Juan: Nicaragua y Costa Rica. *Cuadernos de Geografía*, 23(2), 69-83.
- Radio ONU. (2015). *ONU: la lucha contra el terrorismo debe respetar estrictamente los derechos humanos*. Recuperado de http://www.unmultimedia.org/radio/spanish/2015/04/onu-la-lucha-contrael-terrorismo-debe-respetar-estrictamente-los-derechos-humanos/#.WKBq8W_hCM8
- Ramírez, P. (2010). El reclutamiento de menores en el conflicto armado colombiano. Aproximación al crimen de guerra. *Derecho Penal y Criminología*, 31(90), 115-136.
- Rancière, J. (1996). *11 tesis sobre filosofía política*. Recuperado de <http://aleph-arts.org/pens/11tesis.html>
- Rawls, J. (2012). *Teoría de la justicia*. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica.
- República de Colombia. (1991). *Constitución Política*. Bogotá: Legis.
- Restrepo, L. (2011). Procesos históricos de los derechos humanos en Colombia. *Historia y sociedad* (2). Recuperado de <http://revistas.unal.edu.co/index.php/hisysoc/article/view/20278/21351>
- Roa, P. y Ramírez, G. (2010). Protección de los derechos humanos en situaciones de conflicto. *Revista de estudios en derecho y gobierno*, 3(2), 65-74.
- Robespierre, M. (2010). *Virtud y terror* (J. M. López de Sa, trad.). Madrid: Akal.
- Rodríguez, C., Orduz, N. y Berrío, J. (dirs.). (2010). *El desplazamiento forzado de los afrocolombianos. Evaluación del cumplimiento del Gobierno colombiano del Auto 005 de la Corte Constitucional*. Bogotá: Universidad de los Andes.
- Rousseau, J. (2004). *El contrato social*. (M. J. Villaverde, trad.). Madrid: Akal. (Original publicado en 1762).
- Sánchez, I. (2005). *La criminalidad organizada. Aspectos penales, procesales, administrativos y policiales*. Madrid: Dykinson.

•Referencias•

- Sandel, M. (2011). *Justicia: ¿Hacemos lo que debemos?* Barcelona: Penguin Random House.
- Schmitt, C. (2009). *El concepto de lo político*. Madrid: Alianza Universidad.
- Seara, V. (1983). *Los límites del principio de autodeterminación de los pueblos*. Recuperado de <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/2/848/21.pdf>
- Sowell, T. (2003, abril 1). The Grand Fraud: Affirmative Action for Blacks. *Capitalism Magazine*. Recuperado de <http://capitalismmagazine.com/2003/04/the-grand-fraud-affirmative-action-for-blacks/>
- Springer, N. (2012). *Como corderos entre lobos: del uso y reclutamiento de niñas, niños y adolescentes en el marco del conflicto armado y la criminalidad en Colombia*. Bogotá: Springer Consulting Services.
- Stahn, C. (2015). Reparative Justice after the Lubanga Appeal Judgment: New Prospects for Expressivism and Participatory Justice or “Juridified Victimhood” by Other Means? *Journal of International Criminal Justice*, 13(4), 801-813.
- Teitel, R. (2003). Transitional Justice Genealogy. *Harvard Human Rights Journal*, 16, 69-94.
- The White House. (2006). *National Strategy for Combating Terrorism*. Recuperado de <https://www.hsdl.org/?view&did=466588>
- Tilly, C. (1990). *Coerción, capital y los Estados europeos 990-1990*. Madrid: Alianza.
- Tirado, M. (2013). Niños, niñas y adolescentes en el conflicto armado. *Verba Iuris*, 29, 147-159.
- Tomasevski, K. (2005). Globalizing What: Education as a Human Right or as a Traded Service? *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 12(1), 1-78.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos [TEDH]. (2009, junio 9). *Caso Opuz vs. Turquía, Petición N° 33401/02*.
- Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia. (2007, septiembre 27), *Prosecutor v. Mrkšić et al., Case No. IT-95-13/1-T, Trial Chamber, Judgment*.
- Unesco. (2000). *The Dakar Framework for Action, Education for All: Meeting our Collective Commitments*. Recuperado de <http://unesdoc.unesco.org/images/0012/001211/121147e.pdf>
- Unidad para las Víctimas. (s. f.). *Registro único de víctimas (RUV)*. Recuperado de <http://rni.unidadvictimas.gov.co/RUV>
- Universidad de Liverpool y Universidad de Irlanda. (s. f.). *El papel de la sociedad civil en el conflicto armado de Colombia*. Recuperado de http://med.javeriana.edu.co/vidas_moviles/Documentos/Conflictoarmadocolombia.pdf
- Uprimny, R. y García, M. (2005). *Corte Constitucional y emancipación social en Colombia*. En B. De Souza Santos (coord.), *Democratizar la democracia: los caminos de la democracia participativa* (pp. 255-288). Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica.

- Valencia-Suescún, M., Ramírez, M., Fajardo, M. y Ospina-Alvarado, M. (2015). De la afectación a nuevas posibilidades: niñas y niños en el conflicto armado colombiano. *Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud*, 13(2), 1037-1050.
- Ventura, E. (2001). La Corte Interamericana de Derechos Humanos: camino hacia un tribunal permanente. *Revista IIDH*, 32-33, 273-310.
- Walker, R. (1995). *To Be Real: Telling the Truth and Changing the Face of Feminism*. Nueva York: Anchor.
- Walzer, M. (2008). *Terrorismo y guerra justa*. Barcelona: Katz editores.
- Weiss, T., Forsythe, D., Coate, R. y Pease, K. (2004). *The United Nations and Changing World Politics*. Boulder: Westview Press.
- Zuluaga, J. (1999). De guerrillas a movimientos políticos. Análisis de la experiencia colombiana: el caso del M-19. En R. Peñaranda y J. Guerrero (comps.), *De las armas a la política* (pp. 2-19). Bogotá: TM Editores.



UNIVERSIDAD CATÓLICA
de Colombia
Vigilada Mineducación

Editado por la Universidad Católica de Colombia
en marzo de 2017, impreso en papel propali-
bros de 75 g., en tipografía Times New Roman,
tamaño 11 pts.

Publicación digital
Hipertexto Ltda.

Impreso por:
Xpress Estudio Gráfico y Digital S.A

Sapientia aedificavit sibi domum

Bogotá, D. C., Colombia

LOS DERECHOS
HUMANOS A DEBATE
PERSPECTIVAS
DESDE EL DERECHO
INTERNACIONAL

15

Movilizaciones, manifestaciones y expresiones de diversa índole alrededor del mundo congregan diariamente a la sociedad civil que reclama la reivindicación de sus derechos fundamentales. En el caso colombiano, la Corte Constitucional se consolida como el principal agente dinamizador que atiende las demandas de la población en materia de derechos humanos y cuya respuesta se traduce en jurisprudencia.

Esta respuesta en materia jurisprudencial tiene como eje articulador un elemento *sine qua non* de donde es posible aproximarse a la naturaleza de los derechos humanos. Este elemento es el concepto de la dignidad humana, el cual no solo es la base epistémica de la jurisprudencia relativa a los derechos humanos en ordenamientos jurídicos estatales como el colombiano, sino el principio fundamental de dichos derechos en el plano jurídico internacional.

En este orden de ideas, este libro se consolida como un esfuerzo por presentar algunos de los dilemas que desde el plano jurisprudencial se presentan a la luz de un marco de respeto de los derechos humanos que, partiendo desde el principio y defensa de la dignidad humana, pone a debate el acceso a la justicia en diferentes latitudes y con distintas complejidades.



UNIVERSIDAD CATÓLICA
de Colombia
Vigilada Mineducación

